



Sobre a Revista
Última Edição
Edições Anteriores
Normas
Chamada de Trabalhos
Contatos

Direito

Revista da Faculdade de Direito
Centro Universitário Padre Anchieta
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

UNIAnchieta

Conselho Editorial:

Claudinei Coletti

Cláudio Antonio Soares Levada

Ivone Silva Barros

João Carlos José Martinelli

Lucia Helena de Andrade Gomes

Mauro Alves de Araújo

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Simone Zanotello

Tereza Cristina Nascimento Mazzotini

Organização:

Claudinei Coletti

AGRADECIMENTOS

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial, a Glauca Satsala, pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores e alunos, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

APRESENTAÇÃO

Apresentamos ao leitor o número 19 da Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

Os temas apresentados neste número, além de atuais e relevantes, abordam as mais diferentes questões, todas ligadas, de uma forma ou de outra, à reflexão do Direito como fenômeno jurídico inserido num determinado contexto histórico-social.

Claudemir Battalini, em seu artigo intitulado “*A Área de Proteção Ambiental (APA) de Jundiaí*”, analisa a transformação do território do Município de Jundiaí em Área de Proteção Ambiental, por meio da Lei Estadual n.º 4.095, de 12 de junho de 1984 (regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 43.284, de 03 de julho de 1998) e a necessidade, a partir daí, de que o desenvolvimento do Município atenda a padrões mais rigorosos que procurem aliar desenvolvimento com proteção ambiental. **Simone Zanotello de Oliveira**, em “*Estudos sobre o surgimento do governo eletrônico no Brasil*”, apresenta uma discussão importante sobre a Administração Pública no contexto do surgimento do governo eletrônico no Brasil, caracterizada pela tentativa de mudança, sobretudo a partir da Emenda Constitucional 19/98, do modelo burocrático de administração para o modelo gerencial, focado no cidadão e nos conceitos de eficiência e de eficácia. **Claudinei Coletti**, em “*Estruturalismo e dialética marxista: os impasses teóricos do estruturalismo diante da diacronia e do sujeito histórico*”, analisa as dificuldades teóricas do estrutural-marxismo em pensar a diacronia – ou seja, a transformação social –, e reflete sobre o anti-humanismo teórico presente no interior dessa corrente. A abordagem estruturalista conduz, irremediavelmente, à dissolução do sujeito histórico, pois estes não passam de meros fantoches das estruturas dominantes -- os indivíduos vivenciam as determinações estruturais como óbvias, e as praticam o tempo todo de forma inconsciente. Neste sentido, para o estrutural-marxismo, o sujeito não pode ser considerado responsável pelas transformações políticas e sociais. **João Carlos José Martinelli**, em “*Televisão e cidadania*”, reflete sobre o papel desempenhado pela TV na sociedade atual, sobre a qualidade de sua programação e sobre o seu poder em manipular nossos hábitos e ideias, observando que, se por um lado

nosso ordenamento jurídico garante a liberdade de expressão aos veículos de comunicação, por outro afirma que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” . Como conciliar a vigência desses dois direitos nos casos em que forem conflitantes? -- pergunta-se o autor. **Luiz Gustavo Fernandes**, no artigo “*Direito penal do inimigo*”, discorre sobre a proposta de adoção de um direito penal destinado exclusivamente àquelas pessoas que representam um perigo concreto para a sociedade, paralelo ao direito penal tradicional, destinado aos criminosos “comuns”. **Mauro Alves Araújo**, no artigo “*O direito de propriedade perante as associações de moradores e o projeto de lei nº 2725/2011*”, analisa a questão da (i)legalidade dos loteamentos fechados e a (in)constitucionalidade da cobrança de taxas pelas associações de moradores desses pseudo-condomínios. **Tarcísio Germano de Lemos Filho e Roberto Epifanio Tomaz**, em “*Sustentabilidade, interesse público e judicialização de ações políticas: o caso Usina de Belo Monte*”, analisam o papel do “interesse público” na argumentação jurídica sobre políticas públicas, a partir do exemplo das disputas jurídicas em torno da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. **Wanderley Todai Júnior**, no artigo “*Estudo sobre o trabalho, desenvolvimento e liberdade (notas para uma ontologia da liberdade em Marx – II)*”, continua a discussão, iniciada em artigo anterior, sobre a relação existente entre a construção teórica do conhecimento social e a construção da teoria da liberdade presente nos trabalhos de Karl Marx. O objetivo no presente texto é analisar a relação entre o “reino da necessidade” (entendido como necessidade inicial, imprescindível e posta como determinação da existência do ser social) e o “reino da liberdade” (superação da necessidade inicial e construção de novas capacidades e possibilidades, para além das necessidades iniciais), movimento denominado por Marx de “desenvolvimento humano”. **Marcus Vinícius Ribeiro**, no artigo “*Relações entre os princípios da liberdade, igualdade e justiça: direito constitucional à liberdade e suas restrições*”, discorre sobre as relações ente os princípios da liberdade, igualdade e justiça e, após analisar o direito constitucional à liberdade e suas restrições, questiona a possibilidade de conciliação entre liberdade e igualdade. **César Reinaldo Offa Basile**, em “*A análise comparativa do desenvolvimento do direito do trabalho na América Latina*”, discute as experiências do México, do Peru e da Argentina. **Márcia Caceres Dias Yokoyama**,

analisa “*O direito ao silêncio como garantia constitucional*”, relacionando-o à questão da dignidade da pessoa humana. **Clélia Gianna Ferrari**, em “*Breves apontamentos sobre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana*”, defende a ideia de que se deve conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos, e que o respeito à liberdade, à igualdade e à solidariedade são elementos que lhe são inerentes. **Alexandre Barros Castro**, em “*Processo e procedimento*”, estabelece uma distinção entre esses dois conceitos para depois questionar se o correto seria tratar de um eventual “processo administrativo tributário” ou de um “procedimento administrativo tributário”. **João Jampaulo Júnior**, no breve artigo intitulado “*O caráter incompleto e inacabado da Constituição*” observa, a partir de Konrad Hesse, que a Constituição deve permanecer incompleta e inacabada para poder se adequar às mudanças da história e da sociedade. Por fim, **Sérgio Igor Lattanzi**, em “*A substancial carga tributária no Brasil*”, analisa a excessiva centralização da carga tributária nas mãos do governo federal, e observa que a carga tributária brasileira encontra-se acima das maiores economias do mundo, não obstante a baixa qualidade dos serviços prestados pelo Estado aos cidadãos brasileiros.

Convém ressaltar que a preocupação fundamental da nossa Revista é a discussão teórica e doutrinária de temas de importância jurídica e social.

Acreditamos que tais discussões sejam fundamentais para a formação e atualização de professores, alunos e demais profissionais do Direito preocupados em refletir sobre as transformações recentes da realidade social e do fenômeno jurídico.

Prof. Dr. Claudinei Coletti

SUMÁRIO

A ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - APA DE JUNDIAÍ	9
<i>Claudemir Battalini</i>	
ESTUDOS SOBRE O SURGIMENTO DO GOVERNO ELETRÔNICO NO BRASIL	18
<i>Simone Zanotello de Oliveira</i>	
ESTRUTURALISMO E DIALÉTICA MARXISTA: OS IMPASSES TEÓRICOS DO ESTRUTURALISMO DIANTE DA DIACRONIA E DO SUJEITO HISTÓRICO	48
<i>Claudinei Coletti</i>	
TELEVISÃO E CIDADANIA	59
<i>João Carlos José Martinelli</i>	
DIREITO PENAL DO INIMIGO: BASES HISTÓRICAS, FILOSÓFICAS, SOCIOLOGICAS E BREVES NOÇÕES TEÓRICAS	86
<i>Luiz Gustavo Fernandes</i>	
O DIREITO DE PROPRIEDADE PERANTE ÀS ASSOCIAÇÕES DE MORADORES E O PROJETO DE LEI nº 2725/2011	97
<i>Mauro Alves Araújo</i>	
SUSTENTABILIDADE, INTERESSE PÚBLICO E JUDICIALIZAÇÃO DE AÇÕES POLÍTICAS: O CASO USINA DE BELO MONTE	111
<i>Tarcísio Germano de Lemos Filho</i> <i>Roberto Epifanio Tomaz</i>	
ESTUDO SOBRE TRABALHO, DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE (NOTAS PARA UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE EM MARX - II)	132
<i>Wanderley Todai Júnior</i>	
RELAÇÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE, IGUALDADE E JUSTIÇA: DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE E SUAS RESTRIÇÕES	165
<i>Marcus Vinicius Ribeiro</i>	

A ANÁLISE COMPARATIVA DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA	183
<i>César Reinaldo Offa Basile</i>	
O DIREITO AO SILÊNCIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	196
<i>Marcia Caceres Dias Yokoyama</i>	
BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	223
<i>Clelia Gianna Ferrari</i>	
PROCESSO E PROCEDIMENTO	229
<i>Alexandre Barros Castro</i>	
O CARÁTER INCOMPLETO E INACABADO DA CONSTITUIÇÃO: o que pretende Hesse quando refere o “<i>caráter incompleto e inacabado da constituição</i>”, considerando a diferença com a constituição como sistema aberto.....	233
<i>João Jampaulo Júnior</i>	
A SUBSTANCIAL CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL.....	235
<i>Sérgio Igor Lattanzi</i>	

A ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - APA DE JUNDIAÍ

*Claudemir Battalini*¹

Cresce a consciência de que temos só esse planeta para habitar, pequeno e com recursos limitados. Importa tratá-lo com cuidado para que possa abrigar a todos os humanos, a cadeia inteira da vida e todos os seres. Queremos que tenha ainda uma longa história pela frente. (Leonardo Boff)²

1. Introdução

Jundiaí é uma cidade singular: sofre um crescimento acelerado, possui muitas empresas, comércio e serviços fortes, é sede de microrregião, está muito próxima da metrópole e capital paulista, rodeada de algumas das melhores rodovias do País, tem um PIB que a coloca entre os principais municípios brasileiros, sendo que por outro lado possui um importante remanescente de mata atlântica preservado, o qual em maior parte integra a Serra do Japi, patrimônio tombado e que estimulou a criação e instituição da Área de Proteção Ambiental de Jundiaí APA (que é limítrofe também com a APA de Cabreúva).

O desenvolvimento sustentável, preconizado pela Constituição Federal e Direito Ambiental é um desafio ainda maior para Jundiaí, que deve ser enfrentado pelos operadores do Direito, classe política, empresários e população em geral.

2. Considerações iniciais

Associado ao crescimento e desenvolvimento urbano, Jundiaí, assim como a Capital que nos é próxima, sofre com a falta de água nos reservatórios, também com risco de racionamento, sendo que na atualidade o problema tem sido mais perceptível como reflexo de longa estiagem.

¹ Possui graduação em Direito e especialização em Direito Ambiental, ambos pelo Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta). É professor do UniAnchieta nas disciplinas de Direito Ambiental e Direito do Consumidor e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

² BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro Mundo Possível. Volume I - Hospitalidade: Direitos & Deveres de todos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 17.

Além da estiagem, todos têm percebido alterações climáticas, com temperaturas acima da média, oscilações constantes da temperatura, chuvas insuficientes, além de constantes notícias sobre aquecimento global, efeito estufa, aumento do nível dos oceanos com o derretimento das calotas polares, etc.

Em razão disso o meio ambiente tem sido preocupação constante nos dias atuais, pois o desequilíbrio atinge o próprio ser humano, em relação aos interesses maiores e indisponíveis: vida, saúde, dignidade, entre outros.

A legislação ambiental, a começar pela Constituição Federal, tem por objetivo manter o equilíbrio ecológico, mas é necessária efetiva aplicação e consciência da parte de todos, sem o que a espécie humana sofrerá prejuízos irreversíveis.

Vale lembrar que o ser humano é parte integrante de nosso planeta Terra. Depende para sobreviver do equilíbrio ambiental planetário.

Como temos repetido, assim como inúmeros autores, há estreita ligação do homem com o próprio planeta:

Essa calibragem não é apenas interna ao sistema-Gaia, como se fora um sistema fechado. Ela se verifica no próprio ser humano, que em seu corpo possui mais ou menos a mesma proporção de água que o planeta Terra (71%) e a mesma taxa de salinização do sangue que o mar apresenta (3,4%). Esta dosagem fina se encontra no universo, pois se trata de uma sistema aberto que inclui a harmonia da Terra.³

Essa percepção é fundamental para que o ser humano passe a respeitar, como deveria, o meio que o circunda e de onde retira todos os elementos necessários à sua vida com qualidade e dignidade.

Em relação à água afirma-se que “a interligação existente entre a história do homem e da água, certamente originou-se no útero materno, indo até as necessidades mais banais dos seres humanos”⁴, o que nos faz lembrar da sua importância e exige providências para que continue existindo em quantidade e qualidade suficientes para todos.

³ BOFF, Leonardo. *Ecologia Grito da Terra, Grito dos Pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 38.

⁴ SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 13.

3. Tutela constitucional

O art. 225 de nossa Constituição Federal garante o direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, tratado como “bem de uso comum do povo”, já que “essencial à sadia qualidade de vida”. Ainda dispõe da obrigação do poder público, mas também da coletividade, de defender e preservar o meio ambiente, não só para a nossa, mas também para as “futuras gerações”.

Além do “caput”, os parágrafos do art. 225 e outras disposições constitucionais, procuram assegurar esse direito, que está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao “piso vital mínimo”, constituído pelos direitos sociais do art. 6º de nossa Constituição Federal.

Também o art. 170 do Texto Maior, ao tratar da ordem econômica, procura enfatizar que a propriedade não se concebe mais como outrora, mas deve respeito à função ambiental e social, sendo fundamento para o “desenvolvimento sustentável”, além de preconizar também a preocupação de “assegurar a todos existência digna”.

Portanto, a ordem econômica é importante, mas deve estar sempre associada à defesa do meio ambiente e à função social da propriedade, sem o que perde sua razão de ser e compromete a vida com dignidade e qualidade.

Na mesma linha também o art. 182 da Constituição, entre outras normas correlatas.

Voltando ao art. 225 da Carta Magna, temos que para garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público, entre outras providências:

definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. (art. 225, § 1º, III, da CF)

4. Unidades de conservação e a categoria de área de proteção ambiental - APA

José Afonso da Silva, analisando o art. 225, § 1º, III, da CF, utiliza a expressão “espaços ambientais”, dividida em “espaços territoriais especialmente protegidos” e o

“zoneamento ambiental”, estando entre os primeiros as “Unidades de Conservação, Espaços Particulares de Proteção Integral, Espaços de manejo Provisório e Espaços de Manejo Sustentável”. O mesmo autor define Unidades de Conservação como sendo:

espaços ou porções do território nacional, incluindo as águas jurisdicionais, de domínio público, instituídos pelo Poder Público com objetivo e limites definidos, geralmente fechados, sujeitos à administração especial, a que se aplicam garantias de proteção total dos atributos naturais que tenham justificado sua criação, efetuando-se a preservação dos ecossistemas em estado natural com um mínimo de alterações e admitido apenas o uso indireto de seus recursos, excetuados os casos previstos em lei.⁵

Já para Paulo de Bessa Antunes, que trata em um mesmo capítulo das Áreas de Preservação Permanente e Unidades de Conservação, destacando que as definições não encontram unanimidade e que vários diplomas legais tratam da matéria, aponta as áreas protegidas diretamente pela Constituição Federal (art. 225, § 4º), constituindo o “patrimônio nacional”, bem como aquelas protegidas pelo Código Florestal e as Unidades de Conservação, que, segundo ele, “são espaços territoriais que, por força de ato do Poder Público, estão destinados ao estudo e preservação de exemplares da flora e da fauna, podendo ser públicas ou privadas”⁶.

As Unidades de Conservação estão disciplinadas pela Lei 9985/00, divididas em dois grupos: “Unidades de Proteção Integral” e “Unidades de Uso Sustentável”. Cada um desses grupos possui diferentes categorias.

A “Área de Proteção Ambiental – APA” está entre as Unidades de Uso Sustentável, e assim definida:

Art. 15. A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 163.

⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 218.

§ 1º A Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas.

§ 2º Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma Área de Proteção Ambiental.

§ 3º As condições para a realização de pesquisa científica e visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade.

§ 4º Nas áreas sob propriedade privada, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais.

§ 5º A Área de Proteção Ambiental disporá de um Conselho presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente, conforme se dispuser no regulamento desta Lei.

Além das Unidades de Conservação, é bom que se diga, há outras áreas de proteção, decorrentes do texto constitucional e legislação infraconstitucional: Áreas de Preservação Permanente - APP e Reserva Legal (instituídas pelo Código Florestal), Patrimônio Nacional (art. 225, § 4º da CF, podendo ser citada a Mata Atlântica, regulamentada pela Lei 11428/06), áreas de tombamento pelo valor paisagístico ou ecológico, zoneamento ambiental, etc.

5. A área de proteção ambiental – APA de Jundiaí

O território do Município de Jundiaí foi erigido em Área de Proteção Ambiental - APA pela Lei Estadual n.º 4.095, de 12 de junho de 1984, e regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 43.284, de 03 de julho de 1998, dada a sua importância para as regiões metropolitana e central do Estado, por possuir remanescentes importantes de Mata Atlântica que compõe em maior parte a Serra do Japi.

Dispõe esta Lei Estadual, dando diretrizes que devem ser respeitadas, buscando-se um equilíbrio entre desenvolvimento e proteção ambiental:

Art. 1º - Fica declarada Área de Proteção Ambiental a região urbana e rural do Município de Jundiaí, respeitada a legislação municipal.

Art. 2º - A implantação da área de proteção ambiental será coordenada pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente, em colaboração com os órgãos e entidades da Administração Estadual Centralizada e Descentralizadas ligados à preservação ambiental, com o Executivo e Legislativo do

Município e com a comunidade local.

Art. 3º - Na implantação da Área de Proteção Ambiental serão aplicadas as medidas previstas na legislação e poderão ser celebrados convênios visando a evitar ou a impedir o exercício de atividades causadoras de degradação da qualidade ambiental.

Parágrafo único - Tais medidas procurarão impedir, especialmente:

I - a implantação de atividades potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de águas, o solo e o ar;

II - a realização de obras e terraplenagem e abertura de canais que importem em sensível alteração das condições ecológicas locais, principalmente na zona de vida silvestre;

III - o exercício de atividades capazes de provocar acelerada erosão das terras ou acentuado assoreamento nas coleções hídricas; e

IV - o exercício de atividades que ameacem extinguir as espécies raras da flora e da fauna locais.

Art. 4º - Fica estabelecida uma zona de vida silvestre, abrangendo todos os remanescentes da flora original existente nesta Área de Proteção Ambiental e as áreas definidas como de preservação permanente pelo Código Florestal.

Art. 5º - Na zona de vida silvestre não será permitida nenhuma atividade degradadora ou potencialmente causadora de degradação ambiental, inclusive porte de armas de fogo, armadilhas, gaiolas, artefatos ou de instrumentos de destruição da natureza.

E o Decreto Estadual nº 43.284, de 03.07.98, regulamentou a Área de Proteção Ambiental de Jundiá, com exigências ambientais compatíveis, estabelecendo uma espécie de zoneamento ambiental, a saber: I – zona de vida silvestre; II – zona de conservação da vida silvestre; III – zona de conservação hídrica e IV – zona de restrição moderada (art. 15), visando especial proteção à Serra do Japi (patrimônio tombado), remanescentes de vegetação nativa (Mata Atlântica), Áreas de Preservação Permanente e área de proteção aos mananciais.

Em casa uma dessas zonas regulamentadas há disposições específicas para fins de proteção ambiental, valendo lembrar que todo o Município faz parte da APA, incluindo a zona urbana, mas onde as restrições são menores (zona de restrição moderada).

Vale lembrar que o Município, por força das competências legislativas constitucionais e interpretação doutrinária e jurisprudencial, não pode estabelecer normas menos restritivas em relação à regulamentação da APA, nem alterar o zoneamento proposto, como, por exemplo, aumentar a zona de restrição moderada em detrimento do que estabelecido no Decreto Estadual 43.284/98, que regulamentou a Lei Estadual 4095/84. Assim, o Plano Diretor do Município, também exigência constitucional para fins de adequado ordenamento

do território, deve contemplar normas que respeitem a APA Jundiaí. Compete ao Município, se o caso, estabelecer normas ainda mais restritivas em relação ao previsto para a APA, o que é sempre admissível em face de normas e princípios ambientais.

6. Crescimento urbano e APA de Jundiaí

Assim, em face do nosso ordenamento jurídico, voltado à garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial para uma vida com dignidade, o desenvolvimento do Município de Jundiaí, ainda mais por se tratar de uma APA, deve atender padrões mais rigorosos que procurem aliar desenvolvimento com proteção ambiental.

A questão hídrica também é uma preocupação atual e que já vem sendo anunciada há um bom tempo.

Nosso Município é abastecido pelo Rio Jundiaí Mirim, proveniente da vizinha Jarinu, bem como seus afluentes. É em realidade um rio com pouca vazão hídrica. O Município depende em alguns períodos de escassez hídrica de água de outra bacia hidrográfica, ou seja, que passa por outras cidades. Trata-se do Rio Atibaia, onde instalados equipamentos que fazem, por meio de bombas, a captação de água que é lançada até um determinado ponto do Rio Jundiaí Mirim, para daí seguir pelo seu leito até as represas existentes de acumulação.

Não se pode desprezar que na atualidade a Capital sobre uma crise hídrica intensa e que um dos complexos utilizados é do Cantareira, composto por diversas represas e barragens, de onde a água segue para tratamento e abastecimento de milhões de paulistanos.

Pois bem, o complexo de represas da Cantareira é composto também em parte pelo Rio Atibaia, que além de servir Jundiaí em períodos de escassez hídrica, também abastece vários outros Municípios, inclusive na região de Campinas.

Em resumo, Jundiaí, ainda que APA, não possui recursos hídricos ilimitados, ao contrário, deve-se atentar que o crescimento acelerado do Município, com o aumento da população, poderá levar em breve a racionamentos ou falta de água. Deve-se ponderar, ainda, que muitas indústrias utilizam água proveniente do sistema de captação e acumulação em quantidades significativas.

7. Conclusão

O Direito Ambiental visa garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, associado à dignidade do ser humano.

A Área de Proteção Ambiental de Jundiá surgiu e foi regulamentada tendo como um dos objetivos impedir “a implantação de atividades potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de águas, o solo e o ar” (art. 3º, I, da Lei Estadual 4095/84).

Assim, há que se atentar para o crescimento sustentável, organizado, planejado, atentando-se que o crescimento desenfreado é atividade altamente poluidora, estando a população prestes a sofrer os reflexos das investidas do ser humano contra o ambiente (poluição atmosférica, trânsito caótico, falta de infraestrutura básica para atendimento da população nas áreas de saúde, educação, transporte coletivo, entre outras, como ocupações de áreas ambientais para atender demanda por moradias, etc.)

Há que se pensar na proteção ambiental como verdadeiro fator de qualidade de vida, em converter a proteção ambiental em atividades menos impactantes, como turismo rural, ambiental, de aventura, diversão, gastronômico, gerando renda e empregos, mas sem um crescimento desenfreado da população e por consequência do atendimento de suas necessidades.

É tempo de aprender, estudar, refletir, cuidar, respeitar, mas também de agir na proteção do meio ambiente, exigindo-se maior respeito às normas que em última análise visam a proteção do próprio homem.

Referências:

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

_____. _____. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

BOFF, Leonardo. *Ecologia Grito da Terra, Grito dos Pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

_____. *Ecologia, Mundialização, Espiritualidade*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1996.

BOFF, Leonardo. *O Despertar da Águia*. 6^a ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *Virtudes para um outro Mundo Possível. Volume I - Hospitalidade: Direitos & Deveres de todos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. _____. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2004.

ESTUDOS SOBRE O SURGIMENTO DO GOVERNO ELETRÔNICO NO BRASIL

*Simone Zanotello de Oliveira*¹

Resumo

Este artigo tem como objetivo apresentar o panorama da Administração Pública no surgimento do governo eletrônico no Brasil, caracterizada pela tentativa de mudança do modelo burocrático para o modelo gerencial. Nesse aspecto, será necessário destacar que o período dessas mudanças coincide com o surgimento da Sociedade da Informação. Analisaremos, também, a importância da Constituição Federal de 1988, que por meio da disposição de direitos fundamentais de segunda geração, tidos como “positivos”, passou a exigir uma atividade prestacional do Estado. Será analisada, ainda, a Emenda Constitucional 19/98, que tratou da reforma do aparelho estatal, e materializou a “eficiência” como princípio da Administração Pública, não obstante sua existência implícita. Por fim, também serão trazidas, a título de conhecimento, as características e exigências contidas numa administração pública pautada por um modelo gerencial.

Palavras-chaves: Administração pública. Sociedade da informação. Eficiência. Governo eletrônico.

Abstract

This article aims to present the views of the public administration in the emergence of e-Government in Brazil, characterized by the attempt to change the bureaucratic model to the management model. In this respect, it is necessary to point out that the period of these changes coincides with the emergence of the information society. We, also, the importance of

¹ Advogada e consultora jurídica na área de licitações, contratos administrativos e concursos públicos. Mestre em Direito da Sociedade da Informação e Especialista em Administração Pública e em Direito Administrativo. Autora de diversas obras técnicas e literárias. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta). Presidente da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas e Integrante da Academia Jundiaense de Letras.

the Federal Constitution of 1988, which through the provision of fundamental rights, considered as "positive", went on to require an instalment activity in the State. Will be examined further, the Constitutional Amendment 19/98, which dealt with the reform of the State apparatus, and materialized the "efficiency" as principle of public administration, notwithstanding their existence implied. Finally, will also be brought, by way of knowledge, characteristics and requirements contained in a Government guided by a management model.

Key-words: Public administration. Information society. Efficiency. Electronic government.

1. O panorama da administração pública no surgimento do governo eletrônico no Brasil

A Administração Pública no Brasil apresentou, durante muitos anos, notadamente a partir de 1930, no governo de Getúlio Vargas, um modelo burocrático.

Esse modelo surgiu como uma reação à administração patrimonialista até então vigente na época, que predominava nas monarquias absolutas e cuja característica principal era a indefinição entre o patrimônio público e o patrimônio privado, os quais se confundiam.

Outra característica do modelo burocrático, definida por Max Weber em 1922, que àquela época o considerava como uma maneira ideal de organizar o governo, é a centralização de decisões numa estrutura hierárquica de unidade de comando. Apresenta a subordinação com forte predominância, havendo a supervisão dos níveis inferiores pelos níveis superiores (de cima para baixo), bem como divisão de trabalho e especialização de funções vinculadas a regras oficiais, de forma bem impessoal.

Aníbal Teixeira traçou algumas críticas a essa forma de organização, dentre as quais destacamos:

- a) duplicidade de órgãos e de funções, tanto horizontal quanto verticalmente, fazendo com que municípios, estados e União tratem do mesmo assunto de forma concorrente e dispendiosa;
- b) excesso de funcionários nos níveis governamentais, atuando sem o devido treinamento;
- c) compartimentalização de serviços, formando "nichos" burocráticos estanques;

- d) ideias fixas de “carreiras” e “funções” detalhadas e estáticas, impedindo o dinamismo e a flexibilização;
- e) regulamentos, normas e procedimentos rígidos, fazendo com que o aspecto formal sobreponha-se ao funcional;
- f) ausência de tempo para a resolução dos problemas;
- g) organização (ministério, secretaria, departamento, entre outros.) sobrepondo-se à missão (educar, cuidar da saúde, combater as drogas, entre outras)
- h) inexistência de preocupação com o custo, numa tendência de se dispensar o “custo fixo” no pressuposto de que eles, especialmente a mão-de-obra, têm custo “zero”;
- i) ausência de delegação de funções.²

Mais uma característica é que a burocracia tende a valorizar os meios, em detrimento dos fins. Com isso, deixa-se de lado a visão finalística do Estado.

Esses aspectos parecem ter imprimido um autoritarismo à prática administrativa, não condizente com a ideia de democracia trazida pela Constituição Federal de 1988. Além disso, esse modelo exigiu controles rigorosos, embasados em procedimentos, passo a passo, o que promoveu, de certa forma, o engessamento da máquina pública.

Não restam dúvidas de que a burocracia, por meio da concentração do poder em determinados segmentos, acaba por criar dificuldades e entraves, que se constituem em portas para a corrupção, a intermediação e o tráfico de influência.

Nos anos de 1990, o país passou por uma grande crise econômica, com um panorama de elevada inflação e de estagnação da renda *per capita*, fazendo com que a reforma estatal se tornasse um tema central e uma necessidade iminente.

A globalização também foi um fator que veio a impulsionar essa reforma, visto que o Estado necessitava exercer um novo papel, que era o de facilitar para que a economia nacional pudesse apresentar competitividade em âmbito internacional. Nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira:

² TEIXEIRA, Aníbal. *Reengenharia no governo*. São Paulo: Makron Books, 1996, p. 48-50.

A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infraestrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir em nível mundial.³

David Osborne também discorre sobre a questão global como influência sobre os governos:

O surgimento de uma economia global pós-industrial, baseada no conhecimento, abalou velhas realidades em todo o mundo, criando oportunidades maravilhosas e problemas espantosos. Os governos – grandes e pequenos, federais, estaduais e locais, nos Estados Unidos e no resto do mundo – já começaram a reagir.⁴

Destacamos, ainda, que essas mudanças mais significativas no aparelho do Estado ocorrem na mesma época do advento da sociedade informacional, exercendo influência sobre ele. Como exposto em “Sociedade da Informação no Brasil – Livro Verde”, produzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Governo Federal:

A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível.⁵

Adalberto Simão Filho descreve a Sociedade da Informação como realidade e parte do projeto de governo das mais diversas nações desenvolvidas e em via de desenvolvimento, a qual deve redundar num maior acesso, melhorando a qualidade de vida do cidadão, na medida

³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil*. Disponível em www.bresserpereira.ecn.br. Acesso em 10 jul. 2009.

⁴ OSBORNE, David. *Reinventando o governo*. Trad. de Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Júnior. Brasília: MH Comunicações, 1994, p. XIII.

⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Sociedade da informação no Brasil – livro verde*. Organizado por Tadao Takahashi. Brasília : Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 5.

em que ele pode, pela conectividade, obter um sem-número de serviços públicos e privados, com o fomento da atividade empresarial. Além disso, o autor destaca a necessidade de uma adequada formação de competências e o desenvolvimento de políticas públicas⁶ que possibilitem o acesso a todos, para a consecução da inclusão digital no ambiente da sociedade informacional. Por fim, uma boa infraestrutura e regras de segurança são elementos que possibilitarão a modernização da administração pública e dos serviços colocados no âmbito do sistema informacional proposto.⁷

O autor também destaca que nesse novo panorama da Sociedade da Informação, com o uso da tecnologia da informação, é imprescindível que o cidadão seja o foco das atenções:

Este é exatamente o cerne de nossa proposta. Um retorno à ética clássica e aos princípios gerais do direito para a formação de um costume próprio para a Sociedade da Informação em cuja base encontram-se os preceitos da boa-fé e da responsabilidade social. A “Internética”, neste sentido proposto, seria resultante da iniciativa privada, com o beneplácito das políticas governamentais, adotadas pela empresas (privadas e públicas) que possuem interesses nas atividades do espaço virtual, tomadas dentro das exigências de ordem pública e do bem comum, observando-se padrões éticos e da boa-fé em todos os seus ditames e ações virtuais, *sem nunca perder de vista o cidadão como o maior destinatário dos avanços tecnológicos.* (grifo nosso)⁸

Por outro lado, não podemos nos esquecer que a Sociedade da Informação também faz com que o cidadão acabe por assumir um papel de passividade diante das inovações que lhe são apresentadas. Nessa esteira, trazemos as lições de Marco Antonio Barbosa:

Como já acontecera antes, na evolução do rádio e da televisão, os usuários da rede não são estimulados a gerar os seus próprios conteúdos, mas a apenas reagir aos conteúdos previamente produzidos pelos portais. A atitude desses usuários de portais não pode ser meramente passiva, como a dos rádio-ouvintes ou a dos telespectadores, em razão da própria natureza interativa da rede. São estimulados a participar e sutilmente orientados a permanecerem nos limites de uma certa cultura que sirva, direta ou

⁶ “Políticas Públicas” é um conceito da Política e da Administração, embora atualmente esteja presente em diversas áreas, inclusive no Direito. Trata-se de um conjunto de ações coletivas que tem como fundamento promover a garantia dos direitos sociais, representando um compromisso público por parte dos agentes políticos. In: <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em: 22 dez. 2009.

⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 27.

⁸ *Ibidem*. p. 26-27.

indiretamente, à valorização e acumulação do capital-informação e, no mesmo tempo, enquanto navegam através de ‘banners’ e ‘links’, os seus gostos, interesses, valores e gastos médios a cada compra são analisados. A Internet permite ao capital individualizar o consumidor e de extrair toda a informação-valor que puder, levando a um limite nuclear a fragmentação social e a concomitante exclusão.⁹

Por essa razão, é preciso bom senso e cautela para compreender e aplicar os desígnios da Sociedade da Informação, notadamente nas atividades governamentais, a fim de que o cidadão realmente tenha um papel ativo na sociedade, e não seja dominado por aqueles que detêm o poder. E para que isso aconteça, é necessário que se viabilizem ações que promovam condições para que haja uma aproximação entre cidadão e Estado.

Em suma, esse era o quadro da Administração Pública no Brasil por ocasião do surgimento de novas formas de gestão pública, inclusive com o uso da tecnologia da informação para auxiliar nessa tarefa.

1.1. A constituição federal de 1988 e a atividade prestacional do estado

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de dispositivos que tratam dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, especialmente voltados para a proteção de sua dignidade e para a satisfação de suas necessidades mínimas. Esses direitos fundamentais, definidos na doutrina¹⁰ como sendo de segunda geração, abrangem direitos sociais, econômicos e culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva.

Sendo assim, conforme nos ensinam Luiz Aberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, esses direitos apresentam-se como direitos positivos, pois exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação de carências individuais e sociais:

[...] os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais.

⁹ BARBOSA, Marco Antonio. Poder na sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 55.

¹⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117.

Também chamados “direitos de crença”, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado.¹¹

Diante de tal assertiva, notamos que o texto constitucional quis imprimir outra forma de participação do cidadão na sociedade, por meio de novos direitos, havendo a necessidade de se pensar em políticas públicas para atingir esse objetivo. Segundo Rejane Esther Vieira:

Como resultado da democratização do Estado, a administração pública ganhou novas e complexas atuações nas áreas da saúde, educação, lazer, previdência social, relações de trabalho; criou-se uma quantidade infinita de setores que exigem ampla fiscalização, intervenção e regulação.¹²

Trata-se de uma atuação da Administração, independentemente das questões políticas, de maneira profissional, autônoma e imparcial, com o objetivo de atender às demandas dos cidadãos. Segundo definição de Juan-Cruz Alli Aranguren:

A este fim se concede autonomia orgânica para a Administração e se perseguem sua profissionalização e independência das contingências políticas, a fim de garantir o cumprimento de seus próprios fins e prestar os serviços que o Estado proporciona aos cidadãos, distintos da função legislativa e judicial. Esta concepção de uma Administração neutra, imparcial no jogo político, profissionalizada e estável, é objetivo comum nos sistemas políticos democráticos. (tradução livre)¹³

Porém, a Constituição, por ocasião de sua promulgação, não obstante seus novos objetivos, não permitiu que a atividade administrativa tomasse rumos mais condizentes com a visão democrática e participativa que se buscava. Em seu texto verificou-se a solidificação de alguns institutos, tais como o regime jurídico único, a estabilidade rígida de servidores e

¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117.

¹² VIEIRA, Rejane Esther. *Administração pública democrática no Estado de Direito : o novo serviço público no cenário brasileiro*. Disponível em <http://www.artigonal.com>. Acesso em: 02 abr. 2009.

¹³ Texto original: “A este fin se concede autonomía orgánica a la Administración y se persigue su profesionalización e independencia de las contingencias políticas, a fin de garantizar el cumplimiento de sus propios fines y preste los servicios que el Estado proporciona a los ciudadanos, distintos de la función legislativa y judicial. Esta concepción de una Administración neutra, imparcial en el juego político, profesionalizada y estable, es objetivo común en los sistemas políticos democráticos.” (ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Derecho administrativo y globalización*. Madri-Espanha : Civitas Ediciones, 2004, p. 178.)

aposentadoria especial deles. Estabeleceram-se, também, vários sistemas de controle, promovendo, até certo ponto, o engessamento da máquina, tendo como justificativa a desconfiança em relação à atuação dos altos administradores. Em razão disso, vislumbrou-se a necessidade de mudanças.

Na visão de Paulo Miron e João Lins, a partir da década de 90, o país iniciou uma caminhada rumo à modernização da gestão pública, em busca de um aparelho de Estado eficiente, o que se tornou um processo sem volta. É algo que vem avançando fortemente e tem se beneficiado da troca de experiências e do acesso a informações de melhores práticas, tanto em nível nacional quanto global.¹⁴

No entanto, somente a partir de 1995 surgiram os primeiros movimentos visando a uma reforma da máquina estatal, no início do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso. Nessa época, o objetivo era buscar novos mecanismos de gestão, que propiciassem a efetiva prestação dos serviços públicos. Entendemos que a ineficiência e a ineficácia do Estado podem se constituir em barreiras para que o cidadão exerça seus direitos. De acordo com Win Oosterom:

O setor público é o maior provedor de serviços em todo o mundo. Agregar valor ao serviço público gera um impacto positivo em milhões de pessoas. Conhecer o cidadão e suas necessidades representa a primeira etapa do atendimento de suas expectativas.¹⁵

*Por outro lado, o autor afirma que as reformas nos órgãos do setor público, com o objetivo de melhorar a eficácia da prestação de serviços, não surgem do nada, e são geralmente movidas por fatores externos a esses órgãos, destacando, dentre eles, as mudanças em requisitos legais e as restrições de orçamento.*¹⁶

Um documento importante dentro desse contexto de mudança foi o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e

¹⁴ MIRON, Paulo; LINS, João. Excelência na gestão pública. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 28.

¹⁵ OOSTEROM, Win. O futuro da prestação de serviços públicos : atendendo às expectativas do cidadão. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 45.

¹⁶ *Ibidem*. p. 78.

Reforma do Estado - MARE¹⁷, em 1995. Esse plano, que expressava a visão estratégica do governo à época, com foco na reforma do aparelho estatal, abrangia a questão da mudança em três dimensões¹⁸:

- a) institucional-legal – por meio da necessidade de remover os obstáculos do ordenamento constitucional e também infraconstitucional;
- b) cultural – por meio da necessidade de se promover a substituição da cultura burocrática dominante pela nova cultura gerencial;
- c) gestão – por meio da implementação da reforma com a adoção de novas formas institucionais, novas competências e instrumentos gerenciais mais adequados à realidade buscada.

Essa proposta de reforma do aparelho estatal brasileiro na época também foi embasada em quatro vertentes¹⁹:

- a) o núcleo estratégico do Estado, no qual se definem as leis e as políticas públicas, e que se constitui num setor relativamente pequeno;
- b) as atividades exclusivas do Estado, que identificam o chamado “poder do Estado”, como legislar e tributar, por exemplo;
- c) os serviços não-exclusivos ou competitivos do Estado, os quais, embora não envolvam o poder de Estado, fazem com que este último realize-os ou subsidie-os, tendo em vista sua relevância para os cidadãos, o que inclui os serviços sociais e científicos;
- d) a produção de bens e serviços para o mercado, que é realizada pelo Estado, por meio da Administração Indireta (Sociedades de Economia Mista), operando serviços públicos em setores considerados estratégicos.

De acordo com Sílvia Regina Pacheco, a reforma administrativa requer ações de governança, para atingir seu real objetivo:

¹⁷ Destaca-se que o MARE foi extinto em 1999, sendo que suas funções foram absorvidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

¹⁸ MARINI, Caio. Aspectos contemporâneos do debate sobre reforma da administração pública no Brasil : a agenda herdada e as novas perspectivas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 1 – mar./abr./maio de 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista>. Acesso em: 28 nov. 2009.

¹⁹ PEREIRA, Bresser. Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil. Disponível em www.bresserpereira.ecn.br. Acesso em: 10 jul. 2009.

Na reforma administrativa, toda uma série de medidas devem contribuir para diminuir o chamado “entulho burocrático” – disposições normativas excessivamente detalhadas, que só contribuem ao engessamento da máquina e muitas vezes à sua intransparência. A maior contribuição da reforma administrativa está voltada à governança, entendida como o aumento da capacidade de governo, através da adoção dos princípios de administração gerencial.²⁰

Nesse foco, a reforma teve como dimensão delimitar a área de atuação do Estado, propor mudanças no quadro constitucional e legal, promovendo a chamada desregulamentação, aumentar a capacidade de ação do governo na mesma proporção da sua atuação democrática e, principalmente, inserir os ideais de governabilidade baseados no *accountability*, ou seja, na responsabilidade dos administradores no trato com a coisa pública.

1.2. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência

A Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, publicada no Diário Oficial da União em 5 de junho de 1998, teve como foco modificar o regime e dispor sobre os princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, além de outras providências. Dentre as principais modificações inseridas na Constituição, por meio dessa Emenda, podemos destacar:

- a) competências administrativas da União e segurança pública – arts. 21 e 144;
- b) competências legislativas da União – art. 22;
- c) fixação de subsídios nas esferas municipal, estadual e federal – arts. 27, 28 e 29;
- d) atuação da Administração Pública com a inserção do princípio da eficiência (que será visto mais adiante), a acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas (concursos públicos e cargos em comissão e funções de confiança), o direito de greve, a fixação e alteração de remuneração e subsídio, o teto salarial, a extinção do regime jurídico único, a criação de paraestatais, os contratos de gestão, dentre outros – art. 37, 38, 39, 41 e 169;

²⁰ PACHECO, Regina Silvia. *Reformando a administração pública no Brasil : eficiência e accountability democrática*. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2009.

- e) organização dos poderes públicos, do Ministério Público e da advocacia pública – arts. 48, 49, 51, 52, 57, 70, 93, 95, 96, 127, 128, 132 e 135;
- f) orçamento - art. 167;
- g) ordem econômica e financeira – art. 173;
- h) ordem social – art. 206.

Os anos de 1998 e 1999 foram marcados por uma atuação bem pontual em alguns aspectos da atividade estatal para a implementação da reforma. Dentre eles destacamos a própria revisão constitucional e das normas decorrentes; a utilização de novos instrumentos gerenciais, com destaque aos contratos de gestão e aos programas de qualidade na administração pública; uma nova proposta de política de recursos humanos, visando à valorização do servidor e alterando seu foco de atuação do plano “operacional” para o plano “gerencial”; e a mudança da estrutura organizacional, por meio da implementação de agências reguladoras, agências executivas e organizações sociais.

No que tange ao princípio da eficiência, trazido por essa Emenda, esse foi acrescido aos demais princípios da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Essa inclusão acabou por findar com discussões doutrinárias e jurisprudências sobre a existência implícita de tal princípio no texto constitucional, que já era reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.²¹

Nas palavras de Jessé Torres Pereira Júnior:

No que tange ao arrolamento da eficiência entre os princípios reitores da atividade administrativa estatal, só se pode compreender como uma figura de

²¹ Acórdão STJ – RMS 5.590/95-DF, 6ª. turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ, 10 jun. 1996, Seção I, p. 20.395.

estilo, um reforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à Administração Pública e é dela reclamado pelos administrados, justificadamente. A Sociedade não organiza e mantém o Estado para que ele seja ineficiente, embora ineficiências podem ser, e são, encontradas em vários setores da Administração Pública, como podem ser, e são, encontráveis em setores de qualquer empreendimento privado.²²

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Filho também sustentam a existência implícita do princípio da eficiência em nosso sistema constitucional, e que a Emenda não trouxe alterações no regime constitucional da Administração Pública.²³

Portanto, defendemos a ideia de que o princípio da eficiência, independentemente de estar escrito ou não na Constituição, apresenta-se como um dever elementar da atividade estatal. Conforme preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência representa uma faceta do princípio italiano da “boa administração”.²⁴ E segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, padrões de boa administração e de zelo na atividade administrativa conduzem a um paradigma de administrador ético.²⁵

De acordo com Alexandre de Moraes, estudando a eficiência em direito comparado, esse princípio fazia parte da constituição de países como República de Cuba (1976), Espanha (1978), República das Filipinas (1986) e República do Suriname (1987), de forma explícita, e da Constituição de Portugal, de forma implícita.²⁶

O princípio da eficiência, ainda trazendo as lições de Alexandre de Moraes:

[...] é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos,

²² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 41-42.

²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 340.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

²⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.* p. 334.

²⁶ MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2001, p. 30-31 (Série Fundamentos Jurídicos).

de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.²⁷

A Emenda, além de introduzir o princípio da eficiência ao texto constitucional, também trouxe alguns mecanismos para a verificação de sua aplicabilidade e efetividade. Com isso, por meio de legislação, é possível disciplinar as formas de participação do cidadão (usuário e cliente do Estado²⁸) na atividade da administração pública direta e indireta. Nesse diapasão, ficam assegurados ao cidadão a reclamação relativa aos serviços públicos prestados, a manutenção dos serviços para atendimento ao usuário, a avaliação periódica da qualidade dos serviços, o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre as ações do governo (transparência) e a representação em casos de negligência ou abuso de agentes no exercício de suas funções (art. 37, § 3º., da Constituição Federal).

Além disso, esse princípio assinalou a possibilidade de perda de cargo pelo servidor público, pelo não cumprimento de suas funções, verificado em procedimentos de avaliação periódica e de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa. Para auxiliar na tarefa de aperfeiçoamento dos servidores, o art. 39, § 2º. da Constituição Federal passou a estabelecer que a União, os Estados e o Distrito Federal deverão manter escolas de governo para esse fim.

Diante do que foi exposto, verifica-se que o princípio da eficiência passou a ser exigido como um dever do administrador, com o objetivo de propiciar a implementação de políticas públicas de forma satisfatória, atendendo às necessidades da população, visto que por meio de uma administração desse tipo, denominada de eficiente, entende-se haver uma possibilidade de salvaguardar os direitos e garantias dos indivíduos e da coletividade, abarcados constitucionalmente. De acordo com Emerson Gabardo, *“agora, o aparelho do Estado pode desvincular-se das amarras burocráticas, pois a própria Constituição contém o permissivo jurídico para a mudança almejada.”*²⁹

²⁷ Ibidem. p. 32.

²⁸ Cliente do Estado: expressão utilizada por TEIXEIRA, Aníbal. *Reengenharia no governo*. São Paulo: Makron Books, 1996., p. 72-4.

²⁹ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 16.

Nas palavras de Maria Silvia Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência deve estar presente não só nas ações dos agentes públicos, mas também no modo de estruturação da máquina administrativa:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.³⁰

O aumento da eficiência também está ligado à questão de otimização dos gastos, ou seja, o fazer mais e melhor com menos recursos, em respeito ao cidadão contribuinte. E é por essa razão que podemos associar a eficiência também com o princípio da economicidade, visto que a relação “custo-benefício” também deve nortear as ações públicas.

A celeridade também representa um dos aspectos que devem estar presentes no princípio da eficiência, trabalhando com o fator “tempo” nas atividades administrativas.

Portanto, temos o princípio da eficiência como um dos responsáveis pelas mudanças na forma de se gerir a Administração Pública, salientando que nenhuma reforma do aparelho estatal será bem sucedida se não houver uma atuação intensa do cidadão na cobrança de resultados, fato esse ainda muito mitigado na realidade brasileira, visto que se percebe que apenas uma minoria tem demonstrado preocupação com as ações governamentais. Para Florencia Ferrer, o controle popular é muito importante para uma boa gestão pública, salientando que o voto ainda é insuficiente para punir ou premiar o bom gestor, havendo a necessidade de criar mecanismos mais ágeis e eficientes.³¹

E a própria Administração Pública pode dispor de mecanismos simples para que o cidadão exerça seus direitos e cobre resultados, como as Ouvidorias, os telefones “156” e as pesquisas de satisfação do cidadão. Segundo Win Oosterom:

O “feedback” do cidadão é uma poderosa ferramenta que não se presta apenas para o entendimento da experiência e satisfação do cidadão com os

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, 84.

³¹ Opinião exposta por BORGES, Thiago. *Acelera, governo. B2B Magazine*. São Paulo, Ano 8, ago. 2009, p. 23.

serviços públicos, mas também para o desenvolvimento de estratégias para a melhoria desses serviços.³²

A eficiência também está ligada à ideia de eficácia. Muitas vezes, esses vocábulos são até considerados como sinônimos. No entanto, entendemos que o conceito de “eficiência” está ligado à utilização de meios adequados para a consecução de um objetivo, ao passo que a “eficácia” está mais voltada para os resultados positivos que esses meios podem proporcionar. Isso porque, nem tudo que é eficiente é eficaz. Como exemplo, podemos citar a disponibilização de matrículas escolares por meio da internet, para facilitar o acesso dos usuários. Entretanto, findo esse processo, a grande maioria dos pais recebe um *e-mail* informando sobre a não existência de vagas. Nesse caso, verificamos que o processo foi “eficiente”, mas não “eficaz”, pois não houve a concretização dos resultados.

A eficiência, como já dissemos, também necessita da atuação efetiva dos agentes, que deverão possuir conhecimento técnico suficiente, para demonstrarem desempenho compatível com o que se busca com esse princípio. Para tanto, é preciso que a Administração atue em políticas de recursos humanos, voltadas para o treinamento e o aperfeiçoamento dos servidores, bem como que tenha uma atenção especial e contínua (e não em momentos isolados, como vemos atualmente) ao aspecto remuneratório desses mesmos servidores. Conforme assevera Emerson Gabardo:

Preliminarmente, deve ser ponderado que a prescrição de metas objetivas, a maquiagem da máquina estatal ou a estipulação de prêmios de caráter simbólico não se prestam a estimular a atividade do agente público, se este encontrar-se mal-remunerado. A satisfação pessoal do agente através de uma contraprestação econômica condigna com sua função é o primeiro requisito de eficiência do procedimento administrativo. Já o segundo pressuposto é, aí sim, a responsabilização específica pela atuação ineficiente.³³

Juntamente com a ideia de eficiência, surge o conceito de ética na atividade pública, muito bem traduzido no Relatório Nolan, apresentado pelo Primeiro Ministro Britânico ao Parlamento em 1995, por meio dos “Sete Princípios da Vida Pública”: interesse público

³² OOSTEROM, Win. O futuro da prestação de serviços públicos : atendendo às expectativas do cidadão. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 55.

³³ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 127.

(impessoalidade), integridade, objetividade, responsabilidade perante o Estado e a sociedade (*accountability*), transparência (motivação das decisões), honestidade e liderança.³⁴

Um aspecto importante a ser aventado, é que a busca do princípio da eficiência, embora necessária, não poderá colocar em risco outros preceitos de direito. Segundo Emerson Gabardo, a eficiência jamais poderá sobrepor-se aos outros ideais presentes em nosso sistema constitucional, como a democracia social, frisando que ela não existe quando não há respeito aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.³⁵ Portanto, o princípio da eficiência não é absoluto e não pode ser analisado de forma isolada. O autor ainda sustenta que:

Quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser considerados a celeridade, a prestabilidade, a racionalidade e a economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo.”³⁶

Nessa mesma esteira temos Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que “*vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.*”³⁷

Em suma, essas são as características do princípio da eficiência, que representou (e ainda representa) um papel importante para as transformações a serem implementadas na forma de se administrar a “*res publicae*”.

³⁴ Dados trazidos por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. Revista de Direito, Rio de Janeiro, v. 2., n. 4, jul./dez. 1998, p. 38.

³⁵ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

³⁶ *Ibidem*. p. 97.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo : Atlas, 2002, p. 84-85.

1.3. A administração pública gerencial

A administração pública gerencial surgiu em reação ao modelo burocrático, notadamente a partir da reforma constitucional de 1998, e tem como características principais a crença num amadurecimento das estruturas administrativas do Estado e o foco no resultado. Segundo define Luiz Carlos Bresser Pereira:

Já a administração pública gerencial, sem ser ingênua, parte do pressuposto de que já chegamos a um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado, em que o burocratismo está excluído porque é ineficiente, e em que é possível desenvolver estratégias administrativas baseadas na ampla delegação de autoridade e na cobrança “a posteriori” de resultados.³⁸

A própria redação do art. 37, § 8º.³⁹, vinda com a reforma, denota a ampliação da autonomia da administração, do ponto de vista gerencial, juntamente com a orçamentária e a financeira.

Dentre os aspectos que norteiam a administração pública gerencial, podemos citar alguns, baseados nas experiências de países como Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália⁴⁰:

- a) a descentralização da atividade política, com transferência de recursos e de atribuições para níveis regionais e locais, afinal o cidadão não mora na União e nem no Estado, mas sim no Município;
- b) a descentralização da atividade administrativa, onde for possível, por meio do fenômeno da delegação;
- c) a organização com poucos níveis hierárquicos e com mais flexibilidade;

³⁸ PEREIRA, Bresser. *Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil*. Disponível em www.bresserpereira.ecn.br. Acesso em 10 jul. 2009.

³⁹ Art. 37 (...) § 8º. *A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:*

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

⁴⁰ PEREIRA, Bresser. Op. cit.

- d) a crença numa confiança limitada nos colaboradores, eliminado o fenômeno da “desconfiança total”, fazendo com que o administrador público goze da mesma autonomia do administrador privado;
- e) a definição de objetivos a serem atingidos, tendo como parâmetro os indicadores de desempenho;
- f) o controle por resultados, ao final do processo, em substituição ao controle passo a passo;
- g) o foco no atendimento ao cidadão.

Nesse tópico, importante destacar uma observação feita por Francisco Gaetani:

Hoje nós somos capazes de falar em expressões como participação e cidadania, sem atribuí-la à esquerda, e em expressões como custo e produtividade, sem atribuí-las à direita. Essas coisas parecem piada, mas, infelizmente, às vezes o debate ideológico embaça a discussão de qualidade do que se passa na área governamental.⁴¹

Para fazer frente a essas demandas, a busca de experiências do setor privado, para implementação na esfera pública, parece ser um dos caminhos encontrados por alguns órgãos públicos, com o objetivo de tentar modificar sua situação de ineficiência. Como exemplo, podemos citar o Programa de Qualidade e Participação na Administração Pública, promovido pelo Ministério do Planejamento do Governo Federal. Nesse foco, Ana Paula Paes de Paula esclarece:

Nesse programa são valorizados os mesmos princípios dos programas de qualidade total implementados no setor privado, que são: satisfação dos clientes, constância de propósitos, melhoria contínua, gestão participativa, envolvimento e valorização dos servidores públicos.⁴²

Fórmulas como Organização & Métodos, PERT (técnica de gerenciamento de projeto), Administração por Objetivos, *Just in Time* (administração no tempo certo),

⁴¹ GAETANI, Francisco. Governança corporativa no setor público. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 266.

⁴² PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2007, p. 131.

Qualidade Total e outras, típicas das áreas privadas, passaram a ser estudadas na esfera pública.

Para Florencia Ferrer, no setor público o tema da inovação é mais delicado, já que o governo não pode arriscar a utilizar recursos e tempo público em testes de novos modelos ou soluções, pois inovar tem sempre um custo muito alto. Mas com esse processo, às vezes até sangramento do setor privado, todos nós ganhamos, porque dessa necessidade de inovação é que surgem várias das conquistas que todos depois usufruímos. Não reinventar a roda é um preceito que já se provou como certo em outra realidade. A autora também defende a prática já consolidada da cooperação horizontal, que se baseia em identificar outros governos que já resolveram um problema específico, para depois realizar um acordo e implementar o mesmo procedimento.⁴³ Realmente, essa parece ser uma solução bastante acertada.

Na administração pública gerencial, o usuário do serviço passou a representar a figura do “cliente” e estabeleceu-se a necessidade de se encurtar a distância entre povo e governo, promovendo uma gestão participativa. Lúcia Valle Figueiredo também faz algumas críticas com relação à figura do “cliente”, inserida no modelo gerencial:

Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de “cliente”, em lugar de administrado, o novo “clichê” produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência. Tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro.⁴⁴

Embora muitos resistam a essa ideia, com a justificativa de sua aplicação apenas no setor privado, o fato é que o governo tem não só “clientes”, mas também “concorrentes”. Os clientes são os cidadãos que pagam impostos e fazem suas exigências em razão disso. E a concorrência existe, pois um governo que não atua, dá margem a que outro ocupe seu lugar na próxima eleição. Conforme explica Aníbal Teixeira:

⁴³ FERRER, Florencia. Por que é difícil a inovação no governo? *B2B Magazine*. São Paulo: Padrão Editorial, Julho 2008, p. 43.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 64.

A rede Mac Donald's quer eliminar as filas para evitar que o cliente desista de esperar e acabe dirigindo-se à Pizza Hut. Da mesma forma, o governo tem de dar respostas rápidas e prestar bons serviços públicos, para evitar que o seu eleitor passe para outro partido. A gestão pública, com a reengenharia, descobre que o governo não só tem cliente, mas também concorrente. Esse é o problema, esse é o desafio.⁴⁵

Entretanto, é importante frisar que os preceitos da administração privada não vieram para substituir a atuação pública, pois, logicamente, isso nem seria possível, já que estamos tratando de pessoas, finalidades, recursos e meios totalmente distintos. A atuação da iniciativa privada, nessa ótica, deverá servir de apenas de modelo para a atuação pública, onde couber, devidamente adaptada para a sua realidade, buscando, realmente, a eficiência.

De acordo com Jessé Torres Pereira Júnior, na empresa privada, a eficiência passa a ser um instrumento para a perseguição do lucro, o que é legítimo; porém, na Administração Pública, o lucro não é o valor que justifica as funções públicas, já que cabe ao Estado promover o bem comum, a dignidade da pessoa humana e a paz social.⁴⁶

Segundo David Osborne, os governos democráticos existem para servir aos cidadãos. O autor argumenta que nossos pais ficavam na fila por horas para licenciar um veículo e não reclamavam. Nós, hoje, ficamos furiosos se tivermos de enfrentar a mesma fila. Para lidar com mudanças tão expressivas, os governos empreendedores começaram a se transformar, e passaram a ouvir atentamente o clamor de seus clientes, através de pesquisas de opinião e muitos outros métodos.⁴⁷

Na visão de Francisco Gaetani, as reformas do século XX são aquelas relacionadas com a construção do Estado do Bem-Estar Social e com a busca por eficiência, foco no cidadão e contratualização de resultados. No entanto, os recursos são escassos, o que significa que uma alocação eficiente implica uma relação custo/benefício consistente, com baixos custos de oportunidade. Ainda, segundo o autor, o Brasil teve um ensaio de Estado do Bem-Estar Social na era Vargas, um impulso no regime autoritário e um novo empurrão agora, com

⁴⁵ TEIXEIRA, Aníbal. *Reengenharia no governo*. São Paulo: Makron Books, 1996, p. 47.

⁴⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 44.

⁴⁷ OSBORNE, David. *Reinventando o governo*. Trad. de Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Júnior. Brasília: MH Comunicações, 1994, p. 181-4.

os programas de distribuição de renda do governo Lula. Mas o país também é palco de desigualdades extraordinárias como, por exemplo, na estrutura previdenciária e na forma como se encontra organizado o ensino superior. Portanto, as reformas do século XXI são as que envolvem criar e gerir redes, lidar com a revolução digital, assegurar a participação na estrutura de governança global e institucionalizar mecanismos de responsabilização e transparência, dentre outras.⁴⁸

A nova mentalidade gerencial exigiu (e ainda exige) não só mudanças na forma de os administradores gerirem a máquina pública, mas também dos administrados buscarem seus direitos. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Para isso, não basta promover reformas de estrutura e de funcionamento seguindo parâmetros e modelagens desenvolvidos na administração do setor privado: é preciso mudar a mentalidade dos administradores públicos, para que não mais se considerem os senhores da coisa pública, olímpicamente distanciados dos administrados, como se não tivessem outra obrigação que a de meramente desempenhar as rotinas burocráticas para terem cumprido seu dever funcional, mas também é preciso, sobretudo e concomitantemente, mudar a mentalidade do público usuário, para que este se convença de que pode e deve exigir a prestação de serviços públicos tão bons, eficientes e módicos como os que têm se acostumado a exigir dos prestadores privados no regime de competitividade da economia de mercado.⁴⁹

Portanto, o foco atual dos administradores, segundo essa visão, deverá estar voltado para o fortalecimento da capacidade governamental. Trata-se da figura do *New Public Management*, por meio da criação de novos instrumentos de gestão pública, com embasamento na Escola da *Public Choice*⁵⁰ e na teoria do “principal-agente”⁵¹.

Essa também é a visão de Oriol Mir Puigpelat, no sentido de que as Administrações Públicas realmente tendem a ser geridas seguindo as técnicas da empresa privada (emerge o

⁴⁸ GAETANI, Francisco. Governança corporativa no setor público. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 45.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2., n. 4, jul./dez. 1998, p. 38.

⁵⁰ A Escola da *Public Choice* possui foco econômico, no sentido de maximizar a atuação da Administração por meio do controle de seus custos.

⁵¹ A teoria do “principal-agente” tem como objetivo promover a aproximação entre Estado e sociedade.

New Public Management e entra em declínio o modelo burocrático weberiano) e passam a submeterem-se crescentemente ao Direito Privado.⁵² (tradução livre)

Na administração gerencial, ainda, o desempenho institucional deverá ser medido não só pelos processos, mas principalmente pelos resultados. E quais resultados deverão ser buscados? Entendemos que caberá àqueles que determinam as políticas públicas e àqueles que possuam o dever de implementá-las, a tarefa de definir quais resultados buscar-se-á alcançar, tendo em vista o interesse da coletividade, bem como ouvir essa mesma coletividade, no sentido de saber que resultados elas esperam do governo.

Essas ações, segundo tal visão, teriam como foco não só aumentar a eficiência da administração pública, mas também a transparência de sua atuação, por meio da informação acessível a todos. Oriol Mir Puigpelat afirma que um reforço para legitimação democrática da Administração tem vindo, principalmente, da crescente descentralização político-administrativa, e da importância que nos últimos anos tem adquirido a transparência administrativa e, em menor medida, a participação dos cidadãos na atuação da Administração.⁵³ (tradução livre)

Nesse contexto, também é fundamental trazer os conceitos de governabilidade e de governança, para balizar a implementação de programas de mudança. De acordo com Caio Marini, “a primeira (governabilidade) diz respeito às condições de legitimidade de um determinado governo para empreender as transformações necessárias, enquanto que a segunda (governança) está relacionada à sua capacidade de implementá-las.”⁵⁴

Portanto, a governabilidade acaba sendo atribuída ao administrador pela vontade popular, expressa pelo voto, ao passo que a governança manifesta-se por meio da capacidade

⁵² Texto original: “*Las Administraciones públicas tienden a ser gestionadas siguiendo las técnicas gerenciales de la empresa privada (emerge el ‘New Public Management’ y entra en declive el modelo burocrático weberiano) y pasan a someterse crecientemente al Derecho privado.*” (PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, estado y derecho: las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madri-Espanha: Civitas Editiones, 2004, p. 102.)

⁵³ Texto original: “*El refuerzo de la legitimación democrática de la Administración ha venido, principalmente, de la creciente descentralización político-administrativa, y de la importancia que en los últimos años han adquirido la transparencia administrativa y- en menor medida – la participación de los ciudadanos en la actuación de la Administración.*” (PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, estado y derecho: las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madri-Espanha : Civitas Editiones, 2004, p. 130.)

⁵⁴ MARINI, Caio. Aspectos contemporâneos do debate sobre reforma da administração pública no Brasil : a agenda herdada e as novas perspectivas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 1 – mar./abr./maio de 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista>. Acesso em: 28 nov. 2009.

desse mesmo administrador em formular e implementar políticas públicas para o atendimento do interesse coletivo, utilizando-se dos recursos disponíveis.

Além disso, é preciso pensar no conceito de “boa governança”, conforme nos ensina Juan-Cruz Alli Aranguren:

Fala-se, também, em “boa governança” ou “bom governo” – com menor significado do que no conceito anterior – para qualificar um modo de exercer o poder de modo eficaz, competente, íntegro, equitativo, transparente e responsável. Seriam as qualidades exigidas pelo Estado de Direito enquanto os poderes públicos não de servir com objetividade aos interesses gerais, não de atuar de acordo com a ordem jurídica, com garantias, com controle interno e externo e sem corrupção.⁵⁵ (tradução livre)

Segundo o autor, a governança faz alusão a uma nova forma de governo, de gestão pública e de ação administrativa. Vejamos:

A governança alude a um novo modo de governo, de gestão pública e de ação administrativa numa ordem neoliberal, na qual se reduz o protagonismo dos poderes públicos, mudam-se os perfis que diferenciam o público do privado, reduzem-se as relações de hierarquia em benefício das cooperações, promovem-se os procedimentos informais e se trata de integrar e comprometer a sociedade em redes para a tomada de decisões e seguimento e controle das ações políticas. A negociação, o consenso, a flexibilidade e os procedimentos informais são os novos meios de ação, junto com a introdução das técnicas de gestão empresarial, dos contratos por objetivos e das Agências ou Administrações Independentes.⁵⁶ (tradução livre)

⁵⁵ Texto original: “Se habla, también, de ‘buena gobernanza’ ou ‘buen gobierno’ – con menor significado que el concepto anterior – para calificar un modo de ejercer el poder de modo eficaz, competente, íntegro, equitativo, transparente y responsable. Serían las cualidades exigidas por el Estado de Derecho en cuanto los poderes públicos han de servir con objetividad a los intereses generales, han de actuar de acuerdo al orden jurídico, con garantías, con control interno y externo y sin corrupción.” (ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Derecho administrativo y globalización*. Madri-Espanha: Civitas Ediciones, 2004, p. 315.)

⁵⁶ Texto original: “La gobernanza alude a un nuevo modo de gobierno, de gestión pública y de acción administrativa en un orden neoliberal, en el que se reduce el protagonismo de los poderes públicos, se desdibujan los perfiles que diferencian lo público de lo privado, se reducen las relaciones de jerarquía en beneficio de las cooperaciones, se promueven los procedimientos informales y se trata de integrar y comprometer a la sociedad en redes para la toma de decisiones y seguimiento y control de las acciones políticas. La negociación, el consenso, la flexibilidad y los procedimientos informales son los nuevos medios de acción, junto con la introducción de las técnicas de gestión empresarial, de los contratos por objetivos y las Agencias o Administraciones Independientes.” (ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Derecho administrativo y globalización*. Madri-Espanha: Civitas Ediciones, 2004, p. 178.)

A administração pública gerencial também é marcada pelo fenômeno da reengenharia, definido por Aníbal Teixeira:

O instrumento que entendo válido para essa ação é a reengenharia, uma técnica que vem revolucionando a gestão empresarial. Em linhas gerais, ela se propõe a examinar objetivos, estruturas e processos da ação administrativa. É uma técnica que busca começar do zero, desprezando formas, organogramas e mitos prevalentes sobre o governo e sua funcionalidade.⁵⁷

Essa reengenharia apresenta como premissa o desenvolvimento de ações centradas na missão (o bem comum), no público-alvo (que é o cidadão) e na eficácia, sendo que o governo deverá saber quais são suas reais funções.

Outra característica da reengenharia é a substituição da figura do “chefe”, com poder hierárquico de mando e com atuação basicamente nos procedimentos sem se preocupar com os resultados, pela figura do “líder”, que terá como função gerenciar as atividades e o pessoal colocado à sua disposição, para que o resultado pretendido seja alcançado, num trabalho em equipe.

A administração pública gerencial também procura resgatar a importância de um documento que é a base para a atuação governamental – o orçamento. De acordo com Aníbal Teixeira, *o orçamento é, em uma democracia, a peça principal pela qual a sociedade, representada no Congresso, programa e fiscaliza os atos do governo.*⁵⁸

Nesse aspecto, é importante que o administrador deixe de lado a cultura do “gaste ou perca” – aliás, muito comum, na qual ele procura gastar o orçamento de qualquer jeito, sem qualquer planejamento, principalmente nos últimos meses do ano, pois, do contrário, terá a dotação reduzida no ano seguinte. Uma administração gerencial pede um gasto planejado, voltado em ações de economia em alguns setores, para que haja a possibilidade de investimento em outros. Além disso, o Congresso, bem como a população, deve fiscalizar a execução orçamentária, fato que, entretanto, tem sido verificado na prática por uma minoria.

⁵⁷ TEIXEIRA, Aníbal. *Reengenharia no governo*. São Paulo: Makron Books, 1996, p. X.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 98.

No ano de 2000, essa nova cultura de administração gerencial do ponto de vista financeiro contou com a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), sem, no entanto, revogar totalmente a Lei Federal 4.330/64, que vinha normatizando a matéria de orçamento. Essa nova legislação teve como principal objetivo fazer com que os gestores públicos planejassem e efetuassem seus gastos, bem como administrassem suas receitas, com responsabilidade, sob pena de sofrerem sanções.

A Lei de Responsabilidade Fiscal trata de matérias como a limitação de despesas com pessoal, a impossibilidade de renúncia fiscal, a limitação do endividamento público, principalmente nas épocas eleitorais, bem como o controle social. E com relação a esse controle, trazemos o posicionamento de Ângela Maria Machado Guimarães Borges:

O controle social é um marco divisor entre as duas legislações regulamentadoras das finanças públicas no Brasil: a Lei nº. 4.330/1964 – editada no regime militar, que servia mais ao controle político governamental sobre os administradores públicos – e a Lei de Responsabilidade Fiscal, que trouxe em seu bojo o controle das ações do Estado pelos cidadãos, compreendendo as fases de planejamento orçamentário, execução e controle das contas públicas.⁵⁹

É uma iniciativa que tem dado algum resultado, e os Tribunais de Contas têm exercido um papel importante na fiscalização e no controle dessa Lei, imprimindo penalidades aos agentes, principalmente de cunho pecuniário, por meio de multas.

Sob outro ângulo, destacamos que, não obstante a existência da Lei de Responsabilidade Fiscal, as políticas de gestão pública focadas no serviço público, planejamento, orçamento e auditoria possuem pouco apelo político. Os governantes, infelizmente, possuem mais preocupação com ações que dão visibilidade, principalmente a execução de obras, do que com essas atividades internas de gestão, que são fundamentais para um bom uso do dinheiro público.

Sem dúvida alguma, desde o surgimento do governo gerencial no Brasil, muitas ações têm sido implementadas rumo a uma administração pública mais profissional. Houve erros e

⁵⁹ BORGES, Ângela Maria Machado Guimarães. O Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente de Goiás e o controle social. In: RABELO, Francisco Chagas E.; BERNARDES, Genilda D'arc (org.). *Políticas públicas e cidadania*. Goiânia: Cânone Editorial, 2004.p. 32.

acertos por parte do governo. Mas há muito por fazer, visto que ainda temos uma ineficiência aparente em vários órgãos que integram as administrações diretas e indiretas das três esferas governamentais, aliada a uma máquina considerada custosa. O momento atual é de transição. A burocracia ainda absorve os recursos públicos que poderiam ser aplicados à infraestrutura e ao desenvolvimento econômico e social, ou seja, o governo ainda tem dificuldades em se manter com os recursos de que dispõe.

Aliado a isso, ainda temos os escândalos e os casos de corrupção que marcaram os últimos anos, não havendo a garantia de que cessarão por completo. A alocação de recursos sofre a influência de vinculações regionais e partidárias, fazendo com que não haja uma distribuição justa.

Por outro giro, há que se ter cautela nesse processo de transformação para o modelo gerencial, pois não temos como negar a burocracia por completo. Entendemos que devam ser preservados a impessoalidade, o procedimento administrativo e até mesmo o controle “a priori” (preventivo), para uma relação estável entre Administração Pública e administrados, como garantia do regime jurídico administrativo. O procedimento administrativo nada mais é do que um instrumento que promove a sustentação do Estado Democrático de Direito, e a impessoalidade tem como premissa que a atividade administrativa seja destinada a todos os administrados, sem distinção de qualquer natureza. Ademais, o controle preventivo é sempre a melhor solução, já que estamos tratando de dinheiro público.

De acordo com Emerson Gabardo, *“é ingênuo acreditar que o modelo gerencial vai acabar com os primeiros problemas, bem como que a melhor solução para o excesso de formalismo é a sua negação, através do liberalismo administrativo.”*⁶⁰ Segundo ele, ainda, a busca da eficiência não se traduz simplesmente pela desburocratização, considerada até mesmo excelente, mas sim pelos vícios da autonomização burocrática.⁶¹

⁶⁰ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 35.

⁶¹ *Ibidem*. p. 105.

2. Conclusão

A Administração Pública brasileira tem passado por uma série de transformações nos últimos anos. Notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, em virtude da inserção de direitos fundamentais de segunda geração no texto constitucional, houve a necessidade de uma atuação prestacional por parte do Estado.

Diante dessa nova exigência, entendeu-se pela necessidade de uma tentativa de transição de um modelo burocrático de administração, para um modelo gerencial, focado no cidadão e com conceitos de eficiência e eficácia, imprimida, principalmente, a partir da Emenda Constitucional 19/98, que tratou da reforma do aparelho estatal. Realmente, percebeu-se que estava na hora do administrador moderno repensar sobre as filas da previdência, sobre o atendimento precário nos hospitais públicos, sobre a demora na resposta de um requerimento, sobre a gestão do dinheiro público, sobre os mecanismos de redução de custos na administração da máquina, dentre inúmeras outras ocorrências que poderiam ser citadas; afinal, em tese, o cidadão deve ser considerado o elemento mais importante em qualquer atividade governamental, podendo-se até dizer que se constitui na própria razão de existência do Estado.

Todavia, o Estado, por meio de seus órgãos e agentes, ainda acaba encontrando algumas dificuldades para a concretização efetiva dos princípios da administração moderna, em virtude não só de aspectos políticos, econômicos e sociais, como também pela má gestão da máquina pública, que por meio de uma estrutura hierarquizada, cria obstáculos para o seu bom funcionamento. Além disso, é cediço que na realidade da maioria dos órgãos, tanto da esfera federal quanto das esferas estaduais e municipais, não obstante os preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, os gastos com o funcionamento da máquina pública são significativos, fazendo com que os orçamentos não sejam suficientes para novas realizações que garantam a prestação de serviços à população, como forma de exercício da cidadania. Portanto, ainda temos uma máquina custosa, o que dificulta que o Estado promova ações para atender ao cidadão.

Esse período de transição do modelo burocrático para o gerencial coincide com o surgimento da Sociedade da Informação e com o uso das tecnologias da informação e comunicação, especialmente a informática, que passaram a ser utilizadas não só na esfera

privada, mas também nas atividades governamentais, dando início ao chamado governo eletrônico.

Em síntese, o governo eletrônico surgiu num panorama de busca pelo modelo gerencial, pautado por promover ações de eficiência administrativa, primando por um bom relacionamento entre Estado e cidadão. E esse é o desafio para a administração pública brasileira. Entretanto, essa busca não deve resultar na ruptura total com o modelo burocrático, sendo necessário haver uma compatibilização entre eles, selecionando o que for melhor de cada estrutura para se concretizar o bem comum.

Referências

ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Derecho administrativo y globalización*. Madri-Espanha: Civitas Ediciones, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOSA, Marco Antonio. Poder na sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

BORGES, Ângela Maria Machado Guimarães. O Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente de Goiás e o controle social. In: RABELO, Francisco Chagas E.; BERNARDES, Genilda D'arc (org.). *Políticas públicas e cidadania*. Goiânia: Cãnone Editorial, 2004.

BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Sociedade da informação no Brasil – livro verde*. Organizado por Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo : Atlas, 2002.

FERRER, Florencia. Por que é difícil a inovação no governo? *B2B Magazine*. São Paulo, jul. 2008.

_____. Tempestade de inovações. *B2B Magazine*. São Paulo, nov. 2007.

FERRER, Florência; LIMA, Cristina. *Gestão pública eficiente: impactos econômicos de governos inovadores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FERRER, Florencia; SANTOS, Paula (org.). *E-government: o governo eletrônico no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GAETANI, Francisco. Governança corporativa no setor público. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARINI, Caio. Aspectos contemporâneos do debate sobre reforma da administração pública no Brasil : a agenda herdada e as novas perspectivas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 1 – mar./abr./maio de 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista>. Acesso em: 28 nov. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRON, Paulo; LINS, João. Excelência na gestão pública. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001 (Série Fundamentos Jurídicos)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2., n. 4, jul./dez. 1998.

OSBORNE, David. *Reinventando o governo*. Trad. de Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Júnior. Brasília: MH Comunicações, 1994.

OOSTEROM, Win. O futuro da prestação de serviços públicos: atendendo às expectativas do cidadão. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PACHECO, Regina Silvia. *Reformando a administração pública no Brasil : eficiência e accountability democrática*. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2009.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil*. Disponível em www.bresserpereira.ecn.br. Acesso em: 10 jul. 2009.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, estado y derecho: las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madri-Espanha: Civitas Ediciones, 2004.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede : inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou forma maior. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.) *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEIXEIRA, Aníbal. *Reengenharia no governo*. São Paulo: Makron Books, 1996.

VIEIRA, Rejane Esther. *Administração pública democrática no Estado de Direito : o novo serviço público no cenário brasileiro*. Disponível em <http://www.artigonal.com>. Acesso em: 02 abr. 2009.

Sítios visitados:

<http://compraaberta.jundiai.sp.gov.br>

<http://www.bec.sp.gov.br>

<http://www.comprasnet.gov.br>

<http://www.jundiai.sp.gov.br>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.tce.sp.gov.br>

<http://www.tcu.gov.br>

ESTRUTURALISMO E DIALÉTICA MARXISTA: OS IMPASSES TEÓRICOS DO ESTRUTURALISMO DIANTE DA DIACRONIA E DO SUJEITO HISTÓRICO

*Claudinei Coletti*¹

1. Introdução

O estruturalismo é, sem dúvida, um dos princípios explicativos fundamentais das Ciências Sociais. Tentar defini-lo e analisá-lo em seus principais aspectos, será nosso objetivo geral neste artigo. De forma mais específica, tentaremos compreender como as questões da “diacronia” – ou seja, da transformação social – e do “indivíduo” foram encaradas pelo estruturalismo na sua versão marxista.

Quais os princípios epistemológicos do estruturalismo, tais como propostos pela Etnologia de Claude Lévi-Strauss? Com quais impasses se defrontaram os autores que procuraram conferir um caráter diacrônico ao método estrutural, ou seja, que procuraram compatibilizar o estruturalismo com o método dialético marxista? Como o “indivíduo” é visto por essa teoria social? – eis as perguntas das quais partiremos nesta nossa reflexão.

2. O estruturalismo: aspectos gerais.

Em termos gerais, *o conceito de estrutura*, conforme Lucien Sève, significa um conjunto de relações internas estáveis características de um determinado objeto, no qual se verifica a prevalência do todo sobre suas partes, de tal forma que cada elemento da estrutura só pode ser compreendido a partir da posição que ocupa na configuração total. Esta, por sua vez, é capaz de permanecer invariante, apesar de modificações determinadas em seus elementos.² Ou, ainda, segundo as palavras de Jean Piaget:

¹ Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP e professor-titular do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiá (SP).

² SÈVE, Lucien. Método estrutural e método dialético. In: MOULOUD, Noël et al. *Estruturalismo e marxismo*. Trad. Carlos Henrique de Escobar. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1968, p. 106.

em uma primeira aproximação, uma estrutura é um sistema de transformações que comporta leis enquanto sistema [...] e que se conserva ou se enriquece pelo próprio jogo de suas transformações, *sem que estas conduzam para fora de suas fronteiras ou façam apelo a elementos exteriores*. Em resumo, uma estrutura compreende os caracteres de totalidade, de transformações e de auto-regulação.³

Porém, o estruturalismo não se esgota nessa definição de estrutura, já que implica, também, uma questão de *método*. Cabe, portanto, responder à seguinte questão: qual o princípio epistemológico fundamental do método estruturalista?

Passemos, neste caso, a palavra a Claude Lévi-Strauss:

o princípio fundamental é que a noção de estrutura social não se refere à realidade empírica, mas aos modelos construídos em conformidade com esta. Assim aparece a diferença entre duas noções, tão vizinhas que foram confundidas muitas vezes: a da *estrutura social* e a de *relações sociais*. As *relações sociais* são a matéria-prima empregada para a construção dos modelos que tornam manifesta a própria *estrutura social*.⁴

O método estruturalista, como podemos observar, parte de *modelos* construídos pelo analista com vistas a tornar compreensíveis os fatos observados na realidade empírica, que, aliás, não se esgotam em si próprios. Aliás, convém ressaltar outra proposição fundamental do estruturalismo: as estruturas são *inconscientes*, relativamente aos sujeitos que a vivenciam. Neste sentido, para Lévi-Strauss, por exemplo, a Etnologia deveria ocupar-se da análise consciente – e sincrônica – das *estruturas mentais inconscientes*, a fim de destacar delas as propriedades universais capazes de explicá-las.⁵ Trata-se, portanto, de descobrir formas

³ PIAGET, Jean. *O estruturalismo*. Trad. Moacir Renato de Amorim. São Paulo: Difel, 1970, p. 8. Grifos nossos.

⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural*. Trad. Chaim Samuel Katz e Eginardo Pires. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 315-315. Grifos do autor.

⁵ Faz-se necessário ressaltar que o *privilégio* conferido por Claude Lévi-Strauss ao aspecto *sincrônico* da realidade não significa, pelo menos em termos de princípios, um completo desprezo pela diacronia. Diz esse autor: “Longe de nós, por conseguinte, a ideia de que as considerações históricas e geográficas não tenham valor para os estudos estruturais. [...] O método histórico não é de modo algum incompatível com uma atitude estrutural. Os fenômenos sincrônicos oferecem, no entanto, uma homogeneidade relativa que os torna mais fáceis de estudar que os fenômenos diacrônicos”. LÉVI-STRAUSS, Claude. Op. Cit. p. 329.

invariantes dentro de conteúdos diferentes: “o modelo deve ser construído de tal modo que seu funcionamento possa explicar todos os fatos observados”, diz-nos esse autor.⁶

Roland Barthès, ao analisar essa mesma questão, vai afirmar que o estruturalismo é *atividade* de imitação da realidade, não para copiá-la pura e simplesmente, mas, sobretudo, para compreendê-la. Por meio de um processo de decomposição e reconstituição da realidade, cria-se um *simulacro* do objeto – o objeto mesmo permanece invisível, inatingível --, que permite desvendar as interconexões entre as suas unidades internas:

O fim de toda atividade estruturalista [...] é de reconstituir um “objeto” de maneira a manifestar nesta reconstituição as regras do funcionamento (as “funções”) deste objeto. A estrutura é então de fato um *simulacro* dirigido, interessado, uma vez que o objeto imitado faz parecer qualquer coisa que permanecia invisível, ou se se prefere, ininteligível no objeto natural. O homem estrutural toma o real, o decompõe, depois o recompõe: isso é em aparência muito pouca coisa [...]. Todavia, de outro ponto de vista, esta pouca coisa é decisiva: porque entre os dois objetos, ou os dois tempos da atividade estruturalista, se produz *algo de novo*, e este novo não é nada menos que o inteligível geral.⁷

Em suma, como muito bem observado por Lucien Sève, diríamos que o método estruturalista implica os seguintes princípios:

1) uma *epistemologia do modelo*, que rejeita o ponto de vista *empirista* segundo o qual a estrutura se deixaria apreender ao nível das relações imediatas entre os fenômenos, para sustentar ao contrário que ela deve ser *construída* pela razão científica, para além das aparências e se necessário contra elas; 2) correlativamente, uma ontologia da estrutura como *infraestrutura inconsciente* das relações percebidas, e conseqüentemente uma desqualificação daquilo que aparece à consciência imediata dos sujeitos, sob a forma do vivido, e, nesta perspectiva, aquilo que se fundamenta no nível do sujeito humano sendo necessariamente ilusório, um *anti-humanismo teórico*; 3) ao mesmo tempo, a *rejeição da concepção historicista* da História como progresso contínuo e homogêneo da humanidade, em proveito de uma concepção da diversidade dos fatos humanos como desdobramento das soluções possíveis a um problema geral cujos dados de base, implicados nas leis universais do espírito humano, e sem dúvida da própria matéria, não poderiam mudar.⁸

⁶ Ibidem, p. 316.

⁷ BARTHÈS, Roland. A atividade estruturalista. In: ESCOBAR, Carlos Henrique (org.). *O método estruturalista*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967, p. 58-59. Grifos do autor.

⁸ SÈVE, Lucien. Op. Cit., p. 108. Grifos do autor.

Essas considerações iniciais sobre o estruturalismo, de imediato colocam-nos algumas inquietações. Na citação que fizemos, páginas atrás, do trabalho de Jean Piaget, explicita-se um primeiro problema, a nosso ver de fundamental importância para a relação entre as Ciências Sociais e o estruturalismo: se as transformações somente são possíveis dentro de determinadas fronteiras, ou seja, se se trata de um “sistema de transformações, fechado sobre si mesmo”⁹, como compatibilizar tal princípio estruturalista com as transformações “estruturais” do processo histórico-social? Ou, em outros termos: se a prioridade metodológica do estruturalismo é o ponto de vista *sincrônico* – exame do estado do sistema num momento dado --, em detrimento do *diacrônico* – análise da história do sistema e de seu desenvolvimento de estágio em estágio --, como seria possível apreender, a partir dessa perspectiva, o processo evolutivo? Dito de forma mais específica ainda: seria possível compatibilizar o método estruturalista com o método dialético, como pretendem alguns autores marxistas? E mais: se os sujeitos vivenciam as estruturas de forma inconsciente, como seria possível uma intervenção consciente na realidade a fim de transformá-la?...

Sem a pretensão de responder, de forma acabada, a essas questões, vejamos, num primeiro momento, os pontos fundamentais da discussão que se estabeleceu nas Ciências Sociais sobre a possibilidade de se articular o *ponto de vista estrutural* com o *ponto de vista dialético* – este último, próprio do marxismo e baseado na premissa de que a realidade social está em contínua transformação, devido às suas contradições internas.

Para tanto, tomaremos como ponto de partida o trabalho de Maurice Godelier, autor marxista que encarou de frente essa questão.¹⁰ Em seguida, verificaremos algumas críticas endereçadas aos argumentos desse autor.

3. Método estrutural e método dialético

O problema da compatibilidade entre o estruturalismo e as transformações históricas profundas parece não ter incomodado sobremaneira Lévi-Strauss, até porque o objeto privilegiado de análise da Etnologia são as sociedades ditas “arcaicas”, as quais não

⁹ PIAGET, Jean. Op. cit, p. 9.

¹⁰ GODELIER, Maurice. Système, structure e contradiction dans “Le Capital”. *Les temps modernes*. 22e. année, n. 246, nov. 1966.

apresentam propensão a modificações significativas em sua estrutura. Ao comentar esse aspecto do pensamento de Lévi-Strauss, Luc de Heusch observa que

por diversas vezes, ainda que episodicamente, Lévi-Strauss opõe a história *cumulativa* ou *quente* “que acumula os achados e as invenções para construir grandes civilizações” (Raça e História) e a história *estacionária* ou *fria*, aquela das sociedades arcaicas que se satisfizeram, na sua imensa maioria, das conquistas da revolução neolítica, que dotou a humanidade da agricultura e da criação de animais. A estas sociedades, ele atribui expressamente “uma sabedoria particular que incita a resistir desesperadamente a toda modificação de sua estrutura” (Leçon Inaugurale).¹¹

Todavia, entre os autores marxistas que se propuseram a pensar a evolução histórica da sociedade ocidental sob um ponto de vista estrutural, colocava-se de imediato a necessidade de realização de um esforço nada desprezível para determinar as condições teóricas de fusão entre o estruturalismo e a dialética marxista.

Não analisaremos, aqui, o conjunto da obra dos autores pertencentes à corrente denominada de “estrutural-marxista” – Louis Althusser, Nicos Poulantzas, Etienne Balibar etc. Como dissemos anteriormente, utilizaremos como referência tão-somente o trabalho de Maurice Godelier, a nosso ver bastante representativo desse esforço.

Maurice Godelier considera possível introduzir no método estrutural a problemática do desenvolvimento histórico, por um lado, e no método dialético a problemática da estrutura, por outro. Referindo-se ao próprio Marx e à sua obra máxima – *O Capital* – afirma que Marx já anunciava a corrente estruturalista moderna: Marx, diz ele, há mais de um século, já descrevia a vida social inteira em termos de “estruturas”, já avançava a hipótese da existência de “correspondências” necessárias entre infraestruturas e superestruturas para caracterizar os diversos tipos de sociedade e já pretendia, enfim, poder explicar “a evolução” desses tipos de sociedade pela aparição e desenvolvimento de “contradições” entre suas estruturas. O conhecimento científico do sistema capitalista, para Marx, consistia em descobrir além de seu funcionamento visível, sua estrutura interna, escondida. Para Marx, tanto quanto para Lévi-Strauss, as “estruturas” não poderiam ser confundidas com as relações sociais visíveis.

¹¹ HEUSCH, Luc de. Situação e posições da antropologia estrutural. In: ESCOBAR, Carlos Henrique (org.). *O método estruturalista*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 58-59. Grifos do autor.

Constituem um nível da realidade invisível, presente para além das relações sociais visíveis, e que permanece, no essencial, inconsciente aos indivíduos. Além disso, o estudo do funcionamento interno de uma estrutura deve preceder a esclarecer o estudo de sua *gênese* e de sua *evolução*, pois sem o conhecimento da estrutura não se pode compreender adequadamente o modo de sua transformação.¹²

Ora, mas se se parte de *estruturas invariantes* como se pode apreender o processo de *evolução* de uma formação social determinada? Como compatibilizar uma certa “lógica da imutabilidade” presente no estruturalismo com a “lógica do desenvolvimento” própria da dialética marxista?¹³

A solução proposta por Godelier está ligada a algumas premissas fundamentais. Em primeiro lugar, segundo a leitura que ele faz de Marx, o modo de produção, enquanto sistema econômico, seria constituído pela combinação de duas estruturas distintas e irreduzíveis uma a outra: as forças produtivas e as relações de produção. Enquanto a contradição entre capital e trabalho é uma *contradição interna* à estrutura relações de produção¹⁴, a contradição (nem sempre) existente entre forças produtivas e relações de produção é uma contradição *entre duas estruturas*. Esta última contradição seria a *contradição fundamental*, capaz de explicar a evolução do capitalismo e a própria necessidade de seu desaparecimento¹⁵. E mais: neste último caso não se trata de uma *contradição originária*, existente no sistema desde sua origem, pois ela aparece apenas a partir de um certo grau de maturidade do sistema. Na

¹² Segundo Godelier, os dois princípios fundamentais da análise estrutural encontram-se presentes tanto no estruturalismo moderno de Lévi-Strauss quanto em Marx: “le premier, qu’une structure fait partie du réel mais non des relations visibles, le second que l’étude du fonctionnement interne d’une structure doit preceder et éclairer l’étude de sa genèse e de son évolution”. Este segundo princípio é provado pela própria “arquitetura” d’*O Capital*: este começa com uma exposição da teoria do valor, avança para a definição da estrutura específica do sistema econômico capitalista (fim da 2ª seção do tomo I) e, somente ao final do livro I aborda o problema da *gênese* das relações de produção capitalistas. GODELIER, Maurice. Op. Cit., p. 837-839.

¹³ Segundo as palavras do próprio Godelier: “Car comment concilier l’hypothèse de l’apparition de contradictions internes à un système avec la thèse de le fonctionnement de ce système *reproduit* nécessairement ses conditions de fonctionnement?” GODELIER, Maurice. Op. cit., p. 840. Grifos do autor.

¹⁴ Trata-se de uma contradição interna, originária e antagonica, diz Godelier; “Elle est donc originaire au sens qu’elle est presente dès l’origine et le reste jusqu’à la disparition du système. [...] Cette contradiction est antagonique: la fonction d’une classe est d’exploiter l’autre. Elle se manifeste à travers la lutte des classes.” GODELIER, Maurice. Op. cit. p. 846.

¹⁵ Diz Godelier: “[...] la contradiction fondamentale du mode de production capitalista [...] consiste dans la contradiction entre le développement et la socialisation des forces productives et la propriété privée des moyens de production. GODELIER, Maurice. Op. cit.

origem, diz Godelier, longe de contradizer o desenvolvimento das forças produtivas, as relações de produção capitalistas o impulsionam e o fazem progredir de maneira impetuosa.¹⁶

Pois bem, a primeira contradição – entre capital e trabalho --, interna e originária às relações de produção, reproduz-se incessantemente, não contendo em seu próprio interior o conjunto de condições para a sua solução. Tal solução, portanto, está localizada exatamente na contradição entre relações de produção e forças produtivas. O desenvolvimento das forças produtivas gera uma contradição destas com as relações de produção que, por sua vez, terão de ser transformadas para ajustarem-se àquelas. Alterando-se as relações de produção capitalistas – suprimindo-se a propriedade privada dos meios de produção – tem-se, portanto, a resolução da contradição interna às relações de produção – entre capital e trabalho.¹⁷

Podemos observar, dessa forma, como Godelier consegue articular, a um só tempo, a lógica dialética do desenvolvimento e da diacronia, de um lado, com a lógica estrutural que privilegia a sincronia e não permite transformações para além de seus próprios limites, de outro. O desenvolvimento dialético, dessa maneira, não vem de dentro da própria estrutura, mas de sua contradição com outra estrutura, distinta da primeira. Como vimos, esta conclusão só foi possível a partir do momento que ele considerou a estrutura econômica da sociedade como sendo composta por duas estruturas distintas: forças produtivas e relações de produção.

Uma estrutura, portanto, só pode ser radicalmente transformada quando entra em choque – ou melhor, em contradição – com outra. Se tal não ocorrer, ambas tendem a se reproduzir indefinidamente.

4. Crítica a Godelier

Lucien Séve, ao analisar os argumentos apresentados por Maurice Godelier, não considera o resultado da reflexão deste autor como satisfatório. Em primeiro lugar, porque Godelier resolveu seu problema às custas da supressão do lugar teórico central ocupado, no

¹⁶ Ibidem, p. 847.

¹⁷ “La solution de cette seconde contradiction consiste à changer la structure des rapports de production pour *la mettre en correspondance* avec celles des forces productives. Or ce changement revient à exclure la propriété privée des moyens de production, donc a supprimer *la base meme de la contradiction* interne des rapports de production capitaliste. Mais cette suppression n’est possible qu’e à un certain moment du développement du mode de production, à un moment du développement des forces productives.” GODELIER, Maurice. Op. cit., p. 853.

pensamento marxiano, pela *luta de classes* na transformação revolucionária. O marxismo, lembra ele, não pode nem deve ser confundido com uma espécie de *fatalismo econômico*:

mas o próprio do marxismo é de estabelecer *também*, teórica e praticamente, que se há as *condições objetivas* da solução revolucionária da contradição a *própria solução* não é de maneira alguma o resultado automático do crescimento das forças produtivas, mas o produto da ação revolucionária conduzida pela classe operária e seus aliados, isto é, o produto do desenvolvimento interno da contradição das próprias relações de produção.¹⁸

Como uma solução interna da contradição interna é incompatível com o método estrutural, Godelier, segundo Sève, desloca a solução da contradição entre as classes sociais para o crescimento das forças produtivas. Dessa forma, rejeita a tese marxista fundamental sobre o papel-motor decisivo da luta de classes, tanto na transformação das relações de produção quanto na liberação das próprias forças produtivas dos entraves que obstaculizam seu desenvolvimento. Sève discorda, também, da ideia de que as forças e as relações de produção sejam duas estruturas “completamente distintas” e “irredutíveis uma a outra”. Ainda que Marx as tenha concebido como *realmente diferentes*, a diferença estabelece-se no sentido dialético, ou seja, elas formam uma unidade e revelam uma *dialética interna*, e não uma contradição externa tal como proposta por Godelier.¹⁹

Ainda segundo Lucien Sève, entre estruturalismo e dialética há diferenças de essência, daí que Godelier só conseguiu compatibilizá-los ao preço de deformar alguns princípios básicos do marxismo:

entre método estrutural e método dialético há certamente em pontos decisivos *oposição de essência*. Não de todo, certamente, que o método dialético recusa o conceito de estrutura; mas a concepção e as regras de emprego estruturalistas e dialéticas desse conceito são inconciliáveis. Para o método dialético, a estrutura, que atrás de sua estabilidade relativa não é senão a configuração transitória do processo, tem dentro dela própria, sob a forma da contradição motora interna, a necessidade de sua própria transformação. Para o método estrutural, ao contrário, a sincronia sendo rigorosamente distinta da diacronia, a estrutura é por ela mesma invariante, e não encontra a necessidade de sua transformação senão no choque com

¹⁸ SÈVE, Lucien. Op. cit. p. 118. Grifos do autor.

¹⁹ Ibidem. p. 123-124, 127.

limites externos. Isso permite *referenciar com certeza* o método estrutural em relação ao método dialético: o método estrutural se situa aquém da lógica dialética, no campo daquilo que Hegel e os clássicos do marxismo chamam de pensamento metafísico, isto é, do *pensamento que opera com categorias fixas*.²⁰

De fato, o método estrutural, muito competente para explicar a *reprodução* de uma determinada estrutura, talvez e, contraditoriamente, por isto mesmo, coloque-se em dificuldades quando a questão é analisar as transformações profundas dessa mesma estrutura. Trata-se, a nosso ver, de uma limitação que, de maneira alguma, diminui seus outros méritos teóricos.

5. O anti-humanismo teórico do estruturalismo

No debate entre Lucien Sève e Maurice Godelier acima sintetizado podemos notar que um dos pontos fundamentais de discórdia é exatamente o papel que um e outro atribui à luta de classes no processo de transformação histórica. Esta questão, sem dúvida, está ligada à atribuição, ou não, da responsabilidade pelas transformações sociais a um sujeito histórico.

A abordagem estruturalista conduz, irremediavelmente, à dissolução do “sujeito”, pois estes, na visão desta corrente, não passam de meros fantoches das estruturas dominantes. Os indivíduos vivenciam as determinações estruturais como óbvias, e as praticam o tempo todo de forma inconsciente.

Talvez pudéssemos contextualizar historicamente o estruturalismo, relacionando-o com o próprio contexto social no qual essa corrente explicativa das Ciências Sociais desenvolveu-se. E talvez pudéssemos seguir a trilha indicada por Reger Garaudy, na sua crítica ao estruturalismo. Diz esse autor, ao refletir sobre a França dos anos 60 do século passado:

além da decepção teórica, nascida da impotência do existencialismo sartriano para fundar Ciências Humanas, há também uma experiência vivida, que explica a sedução atual desses empreendimentos estruturalistas. O poder terrível não somente dos *mass media*, da imprensa, da publicidade, do rádio,

²⁰ Ibidem. p. 139. Grifos do autor.

da televisão, do cinema, mas também das instituições que os utilizam para condicionar o desenvolvimento dos indivíduos, seja a fins econômicos, seja a fins morais, seja a fins políticos, tudo isso criou uma situação de fato, onde o que há de mais aparente é o condicionamento do comportamento dos homens pelas estruturas muito mais do que o momento criador.²¹

Esse autor cita, também, a influência do próprio desenvolvimento das forças produtivas e da vigência do paradigma taylorista-fordista como ingredientes capazes de contribuir para o sucesso do estruturalismo. Afinal de contas, o homem não foi transformado em mero apêndice de carne e osso de uma estrutura de aço – a máquina?...²²

Ao analisar, no final dos anos 1960, uma tendência de mudança no processo de organização do trabalho, devido à cibernética e à automação, acompanhada de uma valorização dos fatores subjetivos e humanos do trabalho, o autor chega a uma conclusão, a nosso ver, precipitada: “[...] a teorização de nossos estruturalistas abstratos é uma teorização sobre uma realidade que está sendo superada”.²³

Será mesmo? A hipótese que levantamos é que o condicionamento do homem pelas estruturas, hoje, é muito mais abrangente e sofisticado do que o era há cinquenta, quarenta anos atrás. Com uma diferença: se naquela época o socialismo parecia constituir-se numa alternativa de fato à sociedade capitalista – daí a força e a importância da discussão que se travou sobre a compatibilidade entre a dialética marxista e o método estruturalista --, hoje, para dizer o mínimo, esta “alternativa” mostra-se remota no horizonte histórico.

E neste novo contexto histórico novas teorias surgem e procuram, cada uma a seu modo, explicar a reprodução e as transformações da realidade social.

Referências:

BARTHÈS, Roland. A atividade estruturalista. In: ESCOBAR, Carlos Henrique (org.). *O método estruturalista*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967.

²¹ GARAUDY, Roger. Estruturalismo e “morte do homem”. In: MOULOU, Noël et al. *Estruturalismo e marxismo*. Trad. Carlos Henrique de Escobar. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1968, p. 170.

²² *Ibidem*, p. 171.

²³ *Ibidem*, p. 173.

GARAUDY, Roger. Estruturalismo e “morte do homem”. In: MOULOU, Noël et al. *Estruturalismo e marxismo*. Trad. Carlos Henrique de Escobar. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1968.

GODELIER, Maurice. Système, structure e contradiction dans “Le Capital”. *Les temps modernes*. 22e. année, n. 246, nov. 1966.

HEUSCH, Luc de. Situação e posições da antropologia estrutural. In: ESCOBAR, Carlos Henrique (org.). *O método estruturalista*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural*. Trad. Chaim Samuel Katz e Eginardo Pires. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

PIAGET, Jean. *O estruturalismo*. Trad. Moacir Renato de Amorim. São Paulo: Difel, 1970.

SÈVE, Lucien. Método estrutural e método dialético. In: MOULOU, Noël et al. *Estruturalismo e marxismo*. Trad. Carlos Henrique de Escobar. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1968.

TELEVISÃO E CIDADANIA

*João Carlos José Martinelli*¹

Algumas pessoas buscam no Judiciário reparação pelo uso indevido de suas imagens, criando praticamente um novo ramo no Direito brasileiro, que se destaca por tutelar aspectos inerentes à privacidade das pessoas. É a Justiça se aprimorando na defesa da dignidade humana.

A importância da televisão

1. O grande poder de influência da televisão

A consciência de que cientificamente a televisão manipula nossos hábitos, ideias e tendências, deve-nos levar a corrigir seus tremendos desvios. É um bom instrumento, se usado para promover o bem: tem uma capacidade didática que pode tornar o ensino escolar mais dinâmico e interessante, como já temos visto, por exemplo, nos chamados tele cursos. É uma possibilidade de lazer saudável se apresentar bons filmes e documentários, programas artísticos e esportivos e até, quem sabe, novelas de boa qualidade. Há, no Brasil, profissionais criativos capazes de elaborar uma programação que cativa o público sem apelar para banalização do sexo e à violência, respeitando a integridade e a inteligência do telespectador. Da maneira como está atualmente, influenciando os mais baixos instintos de agressividade e sexualidade, é um instrumento perigoso e está colocando em risco a verdadeira liberdade do cidadão e, conseqüentemente, a de toda a Nação.

É circunstância notória que a TV tem poderes que o poder desconhece, já que mostra, e, ao mostrar, a imagem se move e fala, convence, faz acreditar. Somos nós próprios que estamos na tela, nosso ego. *A maior parte da população que vê televisão, não vê apenas, mas vive o que assiste. Por outro lado, a falência da educação, a destruturação familiar e a*

¹ Advogado, jornalista, escritor e professor universitário. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

ausência de referenciais morais abandonam crianças e adolescentes aos seus cuidados. Na opinião quase unânime, de psicólogos e educadores, a chamada "babá eletrônica" está longe de ser a melhor companhia para os mesmos. Daí a imensa responsabilidade de pais e adultos sobre os perigos da influência que os meios de comunicação exercem, devendo assumir posições de orientação, reação e fiscalização contra o nível ignóbil de determinados programas, cujos descomedimentos afrontam os diplomas legais e expõem aos lares situações escatológicas de violência, pornografia e degradação humana, em quaisquer horários, buscando ocasionar o rompimento de todos os limites éticos.

A título ilustrativo, invocamos o jornalista Marcílio Medeiros Filho²: “Estatística relativamente recente de um organismo da OMJ, feita no Brasil, mostrou que em seis emissoras de TV aberta, durante 71 horas de desenhos animados, a cada sessenta minutos apareceram em média, vinte crimes, a maioria de lesão corporal e homicídio. Tudo é violência num contexto de desregramento estético e comercial. A miséria moral e material é transformada em instrumento de marketing, em espetáculos com o que a natureza humana é capaz de produzir de mais abjeto. Na verdade, o entretenimento mundo-cão, apoiado numa sórdida manipulação do conceito de liberdade de expressão, tem crescido à sombra da exploração dos instintos e paixões humanas. Violência, pornografia e sadismo podem render bons pontos nas pesquisas de audiência, pois, como é sabido, os sentidos respondem de forma imediata. *Mas pesquisas de modo algum podem servir como critérios norteadores definitivos de um veículo com o poder e a influência social da televisão. O exercício de um poder requer responsabilidade. Uma rede de TV, concessão de serviços públicos, especialmente num país com as carências educacionais e culturais do nosso, deve estar preparada para assumir uma posição ética e de exemplaridade.*” (os grifos são nossos)

2. O interesse público deve ser preservado

Até a poucos anos, questionar a programação da mídia era ser tachado de censor, autoritário, moralista. Essa foi uma das heranças de mais de vinte anos de ditadura militar, no

² MEDEIROS FILHO, Marcílio – artigo publicado no jornal “O Estado” de Florianópolis, S.C., de São Paulo – 17.01.1999- p. 02

qual a mera menção a algum tipo de controle sobre os meios de comunicação era vista como um atentado à liberdade de expressão e à democracia.

Hoje as coisas mudaram. Cresce entre amplos setores da sociedade uma indignação muito grande quanto a determinados programas, novelas, filmes e músicas, seja por reforçarem estereótipos, por desrespeitarem o ser humano ou pela erotização vulgar.

Ao lado desse inconformismo, toma corpo a idéia de que as pessoas precisam se organizar para exigir maior qualidade na programação, algo muito comum nos países da Europa e nos Estados Unidos.

Tanto que CARLOS ALBERTO DI FRANCO³, diretor do Máster em Jornalismo para Editores, professor de Ética Jornalística, e representante da Faculdade de Comunicação da Universidade de Navarra no Brasil, assim se manifestou: “A liberdade de expressão é um pré-requisito do sistema democrático. Mas a responsabilidade é a outra face da liberdade. Durante os anos dos governos militares, os produtores de TV reclamaram que sua criatividade era tolhida pela censura ditatorial. Quando a televisão recobrou o direito de se expressar com liberdade, de acordo com a nova Constituição, perdeu a compostura. Por isso, é importante que a opinião pública se manifeste. Caso contrário, a democracia não passará de uma carta de intenções”.

O cartunista e escritor Ziraldo⁴, um dos fundadores do jornal “O Pasquim”, de maior resistência na época ao regime militar, também se posiciona nesse sentido: “Aqui estamos falando dos sagrados direitos do indivíduo. Agora, apertar um botão dentro de casa - coisa ao alcance de qualquer criança - e receber toda a carga de erotismo e pornografia disfarçados em dramaturgia (num palco - eu ia dizer fórum - inadequado), e receber mais todo o conteúdo de bestialidade humana que há nos programas de auditório, todo convite ao consumismo desenfreado, toda a apologia ao mau gosto e à degradação dos valores morais que mantém de pé a sociedade composta pela maioria silenciosa, pelos componentes de uma classe que, por média, se confunde com medíocre e que, por esse meio, se aproxima cada vez mais da segunda hipótese, é uma questão de liberdade, de ‘liberty’ e de suas regras”.

³ DI FRANCO, Carlos Alberto – “O papel do telespectador” - artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, 14.02.2000- p. A-2

⁴ ZIRALDO, “Pelo bom uso da liberdade” - artigo publicado no “Jornal do Brasil”, 21.11.2000- p. 09

3. A constituição garante aos brasileiros uma TV de qualidade

“Em busca de audiência e patrocínio, assiste-se à disputa da vulgaridade e do mau gosto na maioria das redes abertas, observando-se esses aspectos até fantasiados de ajuda humana. Qualquer ação no sentido de barrar os abusos é desencorajada pelo receio de que possa ser confundida com a censura institucionalizada no país durante o período de ditadura militar. Ledo engano. Os brasileiros têm direito a uma TV de qualidade, situação constitucionalmente perfilada.

Com efeito, o art. 221 da Carta Magna dispõe que a produção e a programação das estações de rádio e televisão atenderão, entre outros, aos princípios de ‘preferência a finalidades artísticas, culturais e informativas’ e ‘respeito aos valores éticos e sociais das pessoas e da família’. Também enunciado no art. 220, que compete à lei federal ‘regulamentar as diversões e os espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, os locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada’ e ‘estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221’.

O que ocorre atualmente, no entanto, é uma sistemática agressão às proposições básicas dos juízos de apreciação e à própria Constituição Federal. As nossas autoridades não podem mais permanecer indiferentes a tais desrespeitos; nem tentar justificar a permanente inércia, sob a alegação de que eventuais condutas operativas em relação à matéria, conflitariam com a garantia da liberdade de expressão. Espera-se por uma instrumentalização que coíba os excessos, já que há respaldo da Lei Maior para tanto, sem necessidade de ferir outros de seus preceitos. *O que não se pretende prevenir hoje, talvez seja difícil de remediar amanhã. Por outro lado, precisamos ter a coragem de contestar o culto da sensação e privilegiar a qualidade de informação e de diversão*”.⁵

⁵ MARTINELLI, João Carlos José Martinelli. *O Estado e o Cidadão: Um Exercício de Cidadania*. Jundiaí (SP): Ed. Literarte, 2000, p. 153.

4. É necessário estabelecer com responsabilidade a grade de programação

O poder está vinculado à responsabilidade. A televisão, poderosa e influente, necessita ter algumas balizas éticas operativas, sem as quais ela se torna uma promotora da decomposição moral da sociedade. O baixo nível de determinados programas, cujos excessos expõem aos lares situações escatológicas de violência, pornografia e degradação humana, especialmente em horário nobre, contraria frontalmente o disposto no art. 220 da Constituição Federal. E o que é pior: diante de uma injustificável inércia das autoridades e de uma cômoda omissão das pessoas em geral. Tal situação vem provocando inúmeras questões judiciais, notadamente processos indenizatórios por danos morais e materiais, em função de abusos e desrespeitos aos direitos de personalidade, inerentes a todos os cidadãos, principalmente quanto ao uso indevido ou à utilização irresponsável da imagem, o esbulho da privacidade e do direito à intimidade. Há ainda pendências procurando impedir previamente que determinados programas sejam apresentados em horários incompatíveis com a audiência de menores ou que também afrontem os direitos da personalidade. Afora isso, muitos projetos de lei tramitam no Congresso Nacional procurando controlar a qualidade ou determinar os momentos de suas exibições, mas barram em variados argumentos contrários, principalmente no cerceamento à liberdade de expressão ou na eventual volta da censura, o que torna a questão manifestamente complexa e polêmica.

Direitos de personalidade

5. Classificação dos direitos em geral

Destaque-se o esforço técnico de R. Limonge França⁶, para quem os direitos podem ser distribuídos em três diferentes escaninhos, rotulados pelos aspectos físicos, intelectuais e morais, onde seriam acantonados, respectivamente, os direitos relativos à integridade física, à integridade intelectual e à integridade moral, a saber:

⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 411-412.

I - Direito à integridade física: direito à vida e aos alimentos; direito sobre o próprio corpo, vivo; direito sobre o próprio corpo, morto; direito sobre o corpo alheio, vivo; direito sobre o corpo alheio, morto; direito sobre partes separadas do corpo, vivo; e direito sobre partes separadas do corpo, morto.

II - Direito à integridade intelectual: direito à liberdade de pensamento; direito pessoal de autor artístico e direito pessoal de inventor.

III - Direito à integridade moral: direito à liberdade civil, política e a religiosa; direito à honra; direito à honorificência; direito ao recato; direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à imagem e direito .

Neste último grupo, que interessa ao presente trabalho, há autores, como Carlos Bittar ⁷, que engendram uma classificação entre eles: a) direitos físicos, que se referem a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo o corpo, como um todo; os órgãos; os membros, a imagem ou a efígie); b) direitos psíquicos, relativos a elementos intrínsecos da personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a integridade; a intimidade e o sigilo) e c) direitos morais, relativos a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).

Apesar de receber algumas críticas, esta classificação se mostra de suma importância, sendo que a imagem recebe manifesta relevância, a ponto de Helmut Gernsheira assim se expressar:

“A imagem é a única linguagem compreendida em todas as partes do mundo e que, unindo todas as nações e culturas, serve para ligar a família humana.”

6. Conceito de Direitos de Personalidade

Como bem salienta Roberto Ruggiero⁸, apesar da personalidade não constituir um direito subjetivo, mas fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos. Por sua vez,

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2. Ed., Ed. Forense, p. 17.

⁸ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 305-306.

Adriano de Cupis⁹, afirma que a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a pré-condições deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.

Assim, adverte Ruggiero que só há direitos quando existe sujeito, e que dentre os direitos, que são os mais variados e de espécies infinitas, há aqueles que constituem, a bem dizer, a causa primária de todos os outros direitos particulares, podendo ser chamados de atributos fundamentais da personalidade, timbrando que alguns destes direitos complexos são os que mais tipicamente caracterizam a personalidade humana.

No dizer de Pedro Frederico Caldas¹⁰, este direito de personalidade, como tal, se configura como inato, captado no sentido de direito que nasce com o indivíduo, não que tenha por objeto o próprio sujeito, o que importaria em ter a pessoa como sujeito o objeto ao mesmo tempo, pois o objeto do direito de personalidade, como tal, não é a personalidade, eis que se revela como direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito de personalidade.

7. Ampla abrangência

O mesmo autor Pedro Frederico Caldas¹¹, proclama que “há um direito básico e geral de personalidade, que fundamenta e abarca toda a generalidade dos direitos subjetivos, entendido tal direito como “jura in se ipsum”, que nasce com a pessoa, ou seja, eclode com a irradiação da entrada de suporte fático no mundo jurídico, traduzindo no fato jurídico do nascimento de ser humano com vida. O bem que lhe faz o objeto seria, na opinião sempre respeitável de Pontes de Miranda, “o bem mesmo de poder ser sujeito de direito”

E prossegue: “Esse direito do homem não se manifesta ou nasce somente no direito civil para um dia catapultar-se aos demais ramos do direito, eis que, ubiquamente, nasce em todos os outros, de forma concomitante, ao contrário do que acontece em relação às pessoas jurídicas, que só o alcançam porque a lei determina o seu surgimento.

⁹ CUPYS, Adriando de – “Estrutura dos Direitos de Personalidade”, in “Os direitos de personalidade”, Lisboa, Livra Morais, Ed. 1961, p. 15, apud CALDAS, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5.

¹⁰ CALDAS, Pedro Frederico. Op. cit. p. 06

¹¹ CALDAS, Pedro Frederico. Op. cit. p. 45.

Já os direitos de personalidade seriam todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas, caracterizando sempre, certas qualidades e atividades do sujeito”.

Nesse sentido, a preservação de tais atributos se mostra absolutamente necessária à ordem social, razão pela qual a TV tem que utilizar a imagem de forma responsável, coerente e real, para que os mesmos não sejam esbulhados.

8. Direito à própria imagem

“A Constituição Federal de 1988 elevou à categoria de direito fundamental o "direito à própria imagem" (art. 5º, inciso X). Trata-se de uma novidade constitucional absoluta que assegurou especial tutela jurídica através da qual se protege o direito de cada indivíduo de dispor de sua imagem”¹².

O dispositivo em foco é de grande relevância. Em razão do avanço tecnológico e pela dimensão alcançada pelos meios de comunicação de massa, a imagem alcançou elevada importância e inegável valorização econômica. É através dela, inclusive, que se dá fundamentalmente a comunicação e a transmissão de informações.

Embora a sua proteção se associe aos chamados direitos intelectuais, como o direito do autor, na realidade, a multiplicidade de usos que se faz da imagem pessoal, que não pode ser entendida como uma criação do espírito, caracteriza-se como autônomo, conferindo-lhe maior campo de abrangência.

De forma crescente, questões e litígios envolvendo direitos de imagem estão sendo levados aos tribunais e demandando soluções. Foi o caso de Samuel da Silva Pereira, que teve sua imagem levada ao ar no quadro Topa Tudo Por Dinheiro, do programa dominical de Sílvio Santos, sem que sequer tivesse conhecimento de sua gravação.

Por não ter gostado da brincadeira não autorizada, ele entrou na Justiça contra o Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) e a juíza Tereza Martins Savine, da 41ª Vara Cível do Rio de Janeiro, determinou que a emissora o indenize em duzentos salários-mínimos, mais o valor correspondente ao pagamento do tempo em que o episódio esteve no ar, tomando-se

¹² MARTINELLI, João Carlos José. *O Sentimento de Justiça*. Jundiaí (SP): Ed. Literarte, 2000. p. 94.

como base de cálculo a tabela de custo para veiculação de publicidade, acrescido ainda do cachê para os atores que participaram da gravação.

De acordo com a jornalista Elba Boechat¹³, em meados de abril de 1991, ao caminhar por uma praça em Ipanema, Samuel foi abordado por uma desconhecida de aproximadamente trinta anos e com várias lesões no rosto. Ela queria saber onde havia um hospital nas redondezas para ser medicada. Antes que Samuel tivesse tempo de falar qualquer coisa, um homem de físico avantajado e com roupas de halterofilista aproximou-se do casal. A mulher, mostrando-se bastante nervosa, avisou que era seu marido e havia sido ele o autor das agressões físicas por ser muito violento.

Em tom ameaçador, o "marido" perguntou o que estava havendo e, em seguida, acusou Samuel de ser amante de sua mulher. Irado, o falso marido disse que agrediria Samuel da mesma maneira que fizera com a mulher. Diante da situação constrangedora e frente à ameaça, Samuel fugiu correndo do local. Para a sua surpresa, cinco meses depois, viu que o episódio, que até já havia esquecido, não passara de uma simulação, pois estava sendo exigido no "Topa Tupo Por Dinheiro". Nesse quadro, uma câmera escondida filma cenas na via pública, com atores profissionais, mas envolvendo pessoas comuns e que acabam sendo muitas vezes ridicularizadas.

O direito à própria imagem deve ser exercido com maior extensão, como no caso apontado, impedindo-se as inúmeras violações que costumeiramente ofendem a intimidade, a honra e a identidade, colocando em risco a integridade pessoal dos cidadãos. A proteção da imagem passou, assim, a merecer atenção especial dos juristas, mesmo porque bem tão valioso não poderia ficar ao desabrigo.

Transcrevemos, abaixo, texto de N.P. Teixeira dos Santos, que abre o livro *Direito à Própria Imagem*, de Alvaro Antonio do Cabo e Notaroberto Barbosa:

Falar-se em proteção da imagem numa era que justamente é caracterizada por ela, pelo seu impacto, pela força, pela sua presença dominante, pode parecer contraditório. Mas justamente uma coisa é consequência da outra, pois, logo depois que a técnica ofereceu ao homem possibilidade de fixar manifestações alheias e reproduzi-las, ele verificou que, se não se

¹³ BOECHAT, Elba - reportagem publicada no jornal "O Globo" – 01.08.1993- p.15

defendesse, se o mundo jurídico não lhe oferecesse armas suficientes, a sua integridade pessoal estaria em risco.¹⁴

A televisão e o judiciário

9. Algumas reportagens da TV auxiliam à Justiça

Na busca da verdade, que é um direito da cidadania, algumas reportagens de TV acabam por auxiliar diretamente o Poder Judiciário. São frequentes, por exemplo, as requisições, pelo Ministério Público, de inquéritos policiais oriundos de matérias que revelam ocorrências de fatos delituosos quase sempre despercebidos pela ótica popular face à cultura do acobertamento que tem alimentado a hidra da corrupção no Brasil, como, exemplificadamente, a recente questão dos policiais filmados na denominada “Cracolândia”, praticando nítidas infrações penais. Por outro lado, sua atividade fiscalizadora tem municiado outros procedimentos judiciais. Lembremo-nos da investida de Procuradores da República nos processos contra um empresário brasileiro após cobertura jornalística da grande festa que realizou no Uruguai, com a presença, inclusive, de convidados do “*jet-set*” internacional, além de investigações e revelações que resultaram na renúncia de conhecidos e autoritários políticos brasileiros.

10. O direito à correta informação

O direito à informação, intimamente relacionado com o direito à liberdade de expressão, revela-se num baluarte da democracia. A Constituição Federal, por isso, resguarda a liberdade de comunicação (art. 5º, inciso X), proibindo qualquer restrição à informação (art. 220, “caput”) e veda a edição de preceito legislativo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística (idem, parágrafo 1º). No entanto, torna-se inadmissível e irresponsável o alarde precipitado e sem uma fonte segura, hipótese para a qual já existem as sanções respectivas, cujos profissionais devem responder por seus erros e pelas conseqüências

¹⁴ CABO, Álvaro Antonio do; BARBOSA, Notaroberto. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 2.

deles advindas, fazendo com que haja um equilíbrio natural entre a divulgação e o fato noticiado.

Sobre tal circunstância, o jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira¹⁵ assim se manifestou: “É certo que o jornalismo deve empreender (e já o faz) um severo exame crítico a respeito do indispensável equilíbrio com suas denúncias, com a presunção constitucional da inocência e o intocável direito à audiência dos acusados. No entanto, daí a subtrair-lhe a prerrogativa de publicar, na extensão merecida, as mazelas dos gestores públicos, já se distancia do que o Estado de Direito bem fixou”. Além do mais, “toda pessoa tem direito à honesta informação sobre os acontecimentos coletivos” (*João XXIII, Pacem n Terris*).

11. Um grave equívoco: transferir atribuições da Justiça à TV

Em muitas ocasiões, infelizmente, o brasileiro deposita em algumas reportagens e programas de TV sensacionalistas, a esperança que não se concretiza no Judiciário. Quando a televisão denuncia a violência do policial, a fraude contra o consumidor, a corrupção do governo, a ganância do empreiteiro e a mordomia do político, lava a alma do brasileiro.

Preenche o sentimento de justiça que tem no coração. Vai ao encontro de um Brasil mais ético, porque mais justo. Realiza o que o Judiciário adia. A denúncia impressa ou televisada é a sentença que não foi dada, perdida no labirinto do processo. O comentário na TV é o acórdão, esquecido na gaveta do desembargador. Na falta da punição jurídica, o brasileiro se contenha com o escândalo jornalístico. Divulgar, além de informar, passou a ser punir também.

No entanto, esse quadro é por demais equivocado e perigoso. Transcrevemos aqui, parte de texto publicado por Joaquim Falcão¹⁶, professor da URFJ: “Mas, se por um lado, podemos estar contentes por termos encontrado esta saída honrosa, por outro muito devemos nos preocupar. Ser o que não se é, é errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional. Jornal não é fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é

¹⁵ FERREIRA, Manuel Alceu Affonso, artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo” em 15.06.1994, p. A-2

¹⁶ FALCÃO, Joaquim – artigo publicado no jornal “O Globo”, em 06.06.1993- p. 06

desembargador. E quando, por acaso, acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não tem”.

[...] “Mas, diante da crônica ineficiência do Judiciário e sintonizados com a carência de justiça do leitor, alguns jornais, algumas vezes, procuram fazer justiça. Mas como não estão obrigados à imparcialidade e serenidade próprias do julgamento judicial o resultado é uma justiça pelas próprias mãos. Lavam as mãos diante do conteúdo da notícia, entregam-se de corpo e alma à forma: denúncia. O que não é bom nem para o cidadão, nem para o repórter, nem para o juiz. Bom mesmo seria se o Judiciário funcionasse a contento, e a imprensa, livre, fosse tão contundente quanto prudente ao veicular denúncias alheias” .

12. Importantes reflexões sobre o relacionamento da imprensa com o Judiciário

Sobre a questão da imprensa e o Judiciário, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁷ do Superior Tribunal de Justiça e diretor da Escola Nacional de Magistratura, apresentou, com raro brilhantismo, algumas reflexões, as quais transcrevemos abaixo:

- 1) O aprimoramento de democracia no país reclama uma maior aproximação entre ambos, veículo que é a imprensa da atuação e da postura dos diversos segmentos sociais, mostrando como atua o Judiciário, qual a sua competência, sua estrutura, seu alcance como poder, suas deficiências e abusos reais, até porque o conhecimento da atividade do Judiciário, com a maior transparência possível, é direito do cidadão.
 - 2) No Estado Democrático de Direito, o Judiciário não é mero poder equidistante, mas efetivo participante dos destinos da nação.
 - 3) Cada vez mais, e o próximo século se encaminha para essa demonstração, o Judiciário terá participação maior e mais efetiva, especialmente para conter os excessos do poder dominante e melhor resguardar os direitos da cidadania. Nessa moldura, igualmente relevante será o papel a ser desenvolvido pela imprensa como instrumento eficaz de comunicação.
- Dessas considerações, extrai-se a necessidade de ambos se aparelharem convenientemente, corrigirem suas atuais e múltiplas deficiências, aprimorem seus mecanismos e buscarem diretrizes que melhor atendam aos anseios da sociedade, na qual tenham primazia temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria, da marginalização e da violência, valorização do trabalho, da livre iniciativa e do meio ambiente, enfim, uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo” – 03.08.96 - p. 2 - cad. 3.

Responsabilidade na divulgação de informações

13. Os princípios de Chapultepec

A autonomia de informação é o núcleo de qualquer sistema democrático, ressaltando-se que a responsabilidade - ética, cívica e penal - por qualquer expressão divulgada, é o sustentáculo de tal premissa. Transcrevemos aqui, a título ilustrativo, os princípios básicos da DECLARAÇÃO DE CHAPULTEPEC, outorgada em 14 de fevereiro de 1998 e que defende uma imprensa livre e rechaça quaisquer tipos de imposições, postulando, por isso mesmo, por uma imprensa responsável, compenetrada e convencida dos compromissos que sustentam o exercício da liberdade: “1. Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo; 2. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar estes direitos; 3. As autoridades devem estar legalmente obrigadas a por à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação; 4. O assassinato, o terrorismo, o seqüestro, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores, afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa. Estes atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente; 5. A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou a divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas, se opõem diretamente à liberdade de imprensa; 6. Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminação ou favores em função do que escrevam ou digam. 7. As políticas tarifárias e cambiais, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de freqüências de rádio e televisão e a veiculação ou supressão da publicidade estatal, não devem ser utilizadas para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas. 8. A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de

comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias. 9. *A credibilidade de imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade, e a clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais.* A conquista destes fins e a observância destes valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga; 10. Nenhum meio de comunicação ou jornalista *deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público*” (os grifos são nossos).

14. Liberdade de informação

Na realidade, a história das democracias e do Estado de Direito se escreve paralelamente à liberdade de informação, podendo-se afirmar categoricamente que a interrupção de uma é sempre precedida ou seguida pela queda da outra.

A Constituição Federal do Brasil é cristalina ao consagrar, com vigor, tal princípio em diversas passagens. O art. 4.º estabelece que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Por outro lado, o art. 14 assegura a todos “*o acesso à informação*” e resguarda “*o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional*”. No parágrafo primeiro do art. 220, o legislador determina, inequivocamente, que “*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer vínculo de comunicação social*”. Todo esse amparo da Carta Magna tem evidência lógica. A liberdade de expressão não significa liberdade do jornalista, mas sim do público e dos leitores que acreditam numa sociedade melhor e independente.

O papel da imprensa, seja qual for o seu meio, é a busca permanente da verdade sobre os fatos. *Assim, ética e rigor na apuração das informações são duas posturas imprescindíveis no trabalho dos jornalistas, que têm grande responsabilidade social.* DAVID LAWRENCE, ex-“publischer” do “Miami Herald”, durante aula inaugural do Décimo-Primeiro Curso Intensivo de Jornalismo Aplicado do Grupo Estado, no dia 15 de setembro de 2000, no auditório do jornal “O Estado de São Paulo” afirmou que “*os jornalistas devem mais do que nunca manter-se fiéis aos princípios básicos do jornalismo, mas ao mesmo tempo ser originais e adaptar-se às tendências atuais*”. Ele ressaltou ainda que “*o jornalismo pode e*

deve ser uma vida de serviço público; uma forma de fazer o bem todos os dias” e que “os princípios básicos – levantamento dos fatos e imparcialidade, compaixão e perspectiva – ainda constituem a base para o jornalismo de qualidade”.

Para destacar a importância da carreira jornalística, Lawrence utilizou as palavras do também jornalista Gene Miller, vencedor de dois Prêmios Pulitzer – o mais importante da área nos Estados Unidos: *“Um único repórter, um único editor, uma única edição ou uma única série de reportagens pode fazer uma diferença crucial. Nada pode deter um repórter agressivo, talentoso, pensativo, criativo, correto e persistente”.* Rendemos portanto, nossas homenagens a todos os profissionais que se dedicam a longos períodos de trabalho e plantões com o intuito de apurarem, divulgarem e comentarem os fatos que se sucedem ininterruptamente, envolvidos permanente e exclusivamente com a verdade.

15. Preservar os direitos de terceiros, sob pena de reparar eventuais danos

São direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade. Visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física. Nos tempos atuais, têm sido consagrados pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência e tal evolução vem propiciando-lhe ampla proteção.

A vulneração, por meio de imagem indevida, desautorizada ou que fira o direito à vida privada, caracteriza o dano moral, repercutindo objetivamente na responsabilidade pelo ressarcimento, independentemente de se perquirir a culpa do agente causador.

A composição do dano pode-se dar *“in natura”*, como na hipótese de retratação pública do agente causador da lesão, ou da obrigatoriedade de publicação moral *“quantum satis”* da vítima.

Pode a reparação do dano dar-se pela via pecuniária, indenizando-se a vítima em valor que será arbitrado, levando-se em conta uma série de fatores, como a idoneidade das partes, a forma e a intensidade da lesão moral, o comportamento posterior do agente (retratou-se voluntariamente pela mesma forma ou com mais intensidade de meios), a repercussão social do dano moral em função das condições objetivas da pessoa da vítima, a condição econômica-financeira das partes, exasperando, sempre, *quantum satis*, para que a indenização imposta seja desencorajadora de recidivas, mas tendo sempre a preocupação de não fazer da reparação pecuniária do dano moral forma de enriquecimento da vítima, com excessiva jactura do patrimônio do agente agressor, sob pena de se construir em nosso país uma verdadeira indústria do dano moral e provocar, pelo temor que tal indústria disseminará,

uma compressão excessiva da liberdade de informação, particularmente da liberdade de imprensa.¹⁸

16. Danos morais, triunfo do direito

“O convívio social na época atual, cada vez mais diversificada e complexo, formado por pessoas que não conhecem com exatidão os limites de sua ação, afeta o patrimônio moral dos seus semelhantes, tolhendo-lhes o direito ao recato, à identidade e à personalidade. Tais lesões acarretam danos de natureza íntima nas vítimas, passíveis de reparação judicial.

A aposentada Leny Pereira de Campos, de sessenta e cinco anos, acusada injustamente de roubar um par de sandálias, receberá uma indenização por danos morais no importe de quarenta mil reais.

Em 7 de novembro de 1992, após ter adquirido o produto numa casa de calçados em Belo Horizonte, a aposentada entrou num supermercado próximo, apenas para pesquisar preços de outras mercadorias. Na saída, ela foi barrada pelo segurança, que a denunciou de ter subtraído as chinelas que calçava. Com isso foi levada para um quarto, onde passou por uma série de ofensas e humilhações e, em seguida, foi obrigada a sair descalça, debaixo de chuva e com seus documentos arbitrariamente apreendidos, para buscar a balconista do outro estabelecimento e assim comprovar a aquisição recente de suas chinelas.

Apesar do comparecimento da testemunha, a gerente do centro comercial armazeneiro continuou duvidando da história e chamou a Polícia Militar. A versão da compradora, de que foi mantida em cárcere privado até que os policiais chegassem, foi, afinal, considerada verdadeira.

Aconselhada por amigos e partes, Leny ingressou na Justiça, onde obteve êxito. Em entrevista à imprensa, ela alegou ter dado um exemplo a todos os consumidores do País, que se sentem lesados, mas não têm coragem de lutar por seus direitos. "Dinheiro nenhum do mundo pode pagar a vergonha que passei, mas a indenização não deixa de ser um consolo", afirmou.

Recentemente, também a Fazenda do Estado foi condenada a pagar, por danos morais, importância correspondente a duzentos salários mínimos ao engenheiro agrônomo e professor

¹⁸ CALDAS, Pedro Frederico Op. cit. p. 151.

da USP, José Claret Matioli. De acordo com decisão da 7ª Câmara de Direito Público de São Paulo, ele foi vítima, em outubro de 1991, de informações errôneas fornecidas por autoridade policial e publicadas na imprensa de Piracicaba, onde mora. O verdadeiro autor do delito utilizara-se de um veículo que lhe pertencera, mas que tinha vendido havia mais de dez meses da ocorrência na qual foi precipitadamente indiciado. O equívoco foi desfeito, logo em seguida, com a comprovação de que o carro já estava em nome de outra pessoa.

A partir da Constituição de 1988, passaram-se a defender concretamente os direitos do espírito humano e os valores que compõem a personalidade. Tais aspectos se constituem em marcos importantes no processo evolutivo de nossa sociedade. Por outro lado, a constatação da existência de um patrimônio moral e a conseqüente necessidade de sua busca de abrigar a infinita variedade dos fenômenos sociais que emergem da elaboração, sempre constantes, dos avanços da vida em geral.

A finalidade do ressarcimento por danos morais se assenta em fatores de compensação, não se recomposição. “O dinheiro não poderá recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada. Representa apenas uma compensação, uma consolação, capaz de neutralizar de alguma forma o sofrimento”, afirmou recentemente o desembargador Walter Moraes, do Tribunal de Justiça (TJ) de São Paulo, ao jornal Folha de São Paulo. “Ao mesmo tempo, é uma punição para aquele que causou o dano, e deve ser uma quantia que reprima, nele, qualquer iniciativa semelhante”.¹⁹

As dificuldades na fixação da indenização nessas situações advindas da subjetividade dos parâmetros e da inexistência de critérios legais, vêm sendo contornadas por indicações jurisprudenciais e pela confiança depositada nos juízes, que, no mister de restabelecerem o equilíbrio social, arbitram valores respaldados no bom senso e na equidade. O importante é consagrar e aprimorar as reivindicações no campo moral.

Citemos Clauton Reis²⁰:

Não se trata, porém, de mera aplicação da lei ou do reconhecimento de um dano que deva ser objeto de mera reparação. O alcance social que se pretende através da reparabilidade dos danos morais extrapola o mero sentido de aplicação da lei. Somente a sociedade de futuro terá condições de

¹⁹ MARTINELLI, João Carlos José Martinelli. *O Sentimento de Justiça*. Ed. Literarte, 2000, p. 115.

²⁰ REIS, Clauton. *Do Dano Moral*. Ed. Forense, p. 90.

aferir a importância da defesa do patrimônio moral do indivíduo ou da própria sociedade.

Assistimos, hoje, à educação progressiva da consciência jurídica contemporânea, motivada pela obra de juristas, legisladores e magistrados, na construção do homem espiritual do futuro, tão abalado atualmente por comportamentos nocivos e imorais que afetam os padrões de moralidade conquistados no transcurso de milênios pela nossa civilização.

17. Diferença entre dano moral e dano material

A diferença entre dano material e dano moral reside substancialmente, na forma de reparação. Invoquemos novamente Clayton Reis²¹ :

Enquanto no caso dos danos materiais reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu “*status quo ante*” ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Dessa forma, enquanto uma repõe o patrimônio lesado, a outra compensa os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação ilícita do lesionador.

Nesse aspecto reside a diferença entre o dano material e o dano moral, porquanto as causas e efeitos são distintos. No primeiro, atinge-se o bem físico, reparando-se a sua perda. No segundo, fulmina-se o bem psíquico, compensando-o através de uma soma em dinheiro que assegure à vítima uma “satisfação compensatória”.

Vale ressaltar, portanto, que a constatação da existência de um patrimônio moral e a conseqüente necessidade de sua reparação, na hipótese de dano, constituem marco importante no processo evolutivo das civilizações. Isto porque representa a defesa dos direitos do espírito humano e dos valores que compõem a personalidade do homem.

²¹ REIS, Clauton. Op. cit. p. 03.

Tutela jurídica – programas de TV

18. A tutela inibitória da vida privada

Conforme Sérgio Cruz Arenhart²², “realmente, apenas o art. 461 do Código de Processo Civil está apto a tutelar adequadamente o direito à vida privada, outorgando-lhe tutela efetivamente preventiva. Esta proteção preventiva, que se pode outorgar por esta regra, vem bem salientada por Araken de Assis, segundo quem, “por conseguinte, “de lege lata”, atrás da medida antecipatória fundada no art. 461 do CPC ou, se for o caso, no art. 84, § 3.º, da Lei 8.078/90, e na suposição de que o obrigado não tenha praticado ofensa ao dever de abstenção, ou cuidando-se de “facere” de consumação duradoura, ou para fazê-la cessar e a evitar-lhe a repetição, o direito pátrio outorga tutela específica aos deveres negativos”.

Observa-se, da singela dicção do dispositivo, ser ele realmente capaz de veicular tutelas não somente condenatórias, mas especialmente mandamentais e executivas “lato sensu”. De outra parte, também permite a proteção provisória do direito ameaçado de lesão (parág. 3.º do art. 461 do CPC). Concebe, ademais, a realização “in natura” da pretensão exposta. Por fim, elenca técnicas de coerção capazes de atuar na vontade do requerido, para impor-lhe a abstenção pretendida. Coteja, pois, o dispositivo com todas as carências da proteção à vida privada. Vê-se, aí, o caminho adequado da tutela deste direito.

19. Importância da tutela antecipatória

O mesmo autor Arenhart²³, assim se expressa: “Deveras, importante é o papel da tutela antecipatória (parág. 3.º do art. 461) para a tutela adequada do direito à vida privada. Na grande maioria dos casos, a parte não dispõe de tempo hábil para perfectibilizar a prova plena do seu alegado, ou mesmo para aguardar a tramitação do feito até a cognição completa, pelo juiz, dos fatos. Entretanto, carece de tutela imediata, visto que a lesão que pretende evitar apresenta-se porquanto inexistente a ameaça de dano nos termos requeridos pela

²² ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 111.

²³ ARENHART, Sérgio Cruz, Op. cit. p. 117-118.

jurisprudência. Enfim, dada a necessidade de proteção preventiva deste interesse, a toda evidência exsurge o papel fundamental da proteção imediata. Com este ponto de vista, pronuncia-se Giacobbe no sentido de que "neste quadro parece, contudo, emergente uma orientação - que é o sinal da incerteza relativa à individualização dos confins entre dano patrimonial e dano não patrimonial - realizada no terreno operativo: a solução dos problemas de tutela dos direitos da personalidade, em geral, daquele da identidade pessoal, em particular, através da tutela específica e inibitória - mas também repressiva -, produzida utilizando-se o instrumento de que trata o art. 700 c.p.c. Deve-se advertir que esta situação não decorre exclusivamente da indicada dificuldade e incerteza, mas encontra o seu fundamento também na exigência - inerente em matéria dos direitos da personalidade - de imediatidade da tutela: imediatidade, que, mais que por razões de ordem prática, pode se explicada e convalidada, por valorações de porte teórico sistemático, que resultam conexas à natureza própria dos direitos da personalidade, e aos caracteres que os qualificam".

20. Ação para controle de programas de TV

Em nosso direito, o art. 461 do Código de Processo Civil - fonte legal da tutela preventiva genérica e inominada no regime brasileiro - expressamente contempla a possibilidade de proteção "initio litis", afirmando, em seu parág. 3.º que, "sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada". Conclui-se, assim, com insofismável segurança pela possibilidade de antecipação de tutela, interna à ação inibitória.

Ora, em se tratando de direitos da personalidade (tais como o direito à vida privada, à honra e à imagem), forçoso é convir que esta prova é inerente à própria existência humana. Estes direitos nascem com a pessoa humana e lhe são intrínsecos. Assim, todos quantos existam possuem tais direitos, independentemente de qualquer comprovação, já que a fonte donde emana a proteção está na expressa previsão encartada no art. 5.º, X, da Constituição

Federal²⁴. Desta feita, a sua mera afirmação já constitui elemento suficiente para indicar a presença do “fumus boni iuris”.

Invocando novamente Arenhart²⁵, “do exposto, conclui-se que o art. 461 do Código de Processo Civil está apto a conceder a tutela preventiva necessária e adequada aos direitos da personalidade, em especial as carências do direito à vida privada”.

Não se pode, porém, olvidar que haverá casos em que esta tutela preventiva restará frustrada, quer pelo inadequado manejo, por parte dos operadores do Direito, quer por ineficiência do Judiciário, quer por inúmeras outras razões.

Para estes casos, não se pode deixar de aludir a outras formas de tutela postas pelo Direito à disposição do indivíduo, para a proteção do direito à vida privada (bem assim do direito à honra, à imagem e à intimidade). Apenas “en passant”, ao lado da tutela preventiva, colocam-se como meios alternativos (em caso de lesão já efetivada) a indenização do dano não-patrimonial e tutelas reintegratórias na forma específica, possíveis em lesão a tais direitos.

21. Tutela dos direitos da personalidade

Em conclusão, apoiados no jurista Sérgio Cruz Arenhart, o importante é ter em mente que os caminhos para a tutela dos direitos da personalidade existem e se encontram à disposição do indivíduo. Torná-los efetivos é missão do jurista (e não da regra, ou do legislador), que deve estar consciente de sua função na sociedade, buscando na norma a interpretação que mais condiz com a carência do ente social. Não basta apenas reconhecer a necessidade de tutela adequada a esta categoria tão fundamental de direitos; é preciso buscar tais instrumentos, ainda que, para tanto, seja necessário romper com alguns dogmas já empoeirados no Direito tradicional.

A efetividade do processo é passo importante para a realização da efetividade do Direito. E a efetividade deste conduz à concretização da justiça, objetivo dos mais importantes almeçados pela sociedade e pelo Estado.

²⁴ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 233.

Esta é a missão do advogado, do juiz, do jurista, enfim, pois, como disse Couture, “coloquemos, nesse dia, a mão sobre seu ombro e digamo-lhe: procura aqui, meu filho, o bem e a virtude que almejo para tua vida; e, sobretudo, faz pela defesa de teus semelhantes, na causa da justiça, tudo aquilo que eu quis fazer e a vida não me permitiu! Terás com isso um pouco de glória e muita angústia. Mas está escrito na lei da vida que é este o preço que se paga pela própria vida”.

22. Ressarcimento de danos

A sanção dos direitos da personalidade deve ser feita por um lado através de medidas cautelares que determinem a imediata suspensão dos atos que desrespeitem os direitos de personalidade. Em seguida, duas situações poderão ser vislumbradas: o ressarcimento de danos, na hipótese de divulgação ou não de determinada ofensa, com evidente aumento da reparação no primeiro caso.

Tanto que o cantor e compositor Caetano Veloso, segundo notícias divulgadas pelos jornais em geral, entrou com uma ação contra a Editora Bloch, *por danos morais*, pleiteando indenização no valor de um milhão de dólares. Em agosto de 1990, a revista “Amiga” divulgou chamada de capa, nos seguintes termos: - “*Aids de Ney Matogrosso, Caetano Veloso e Milton Nascimento*”. Por outro lado, o texto da reportagem, no interior da publicação desmentiu o fato.

Os advogados do artista, Paulo César Carneiro e Ricardo Araújo, já vitoriosos em primeira instância com medida semelhante impetrada por Ney Matogrosso, afirmam que a doença é um fato íntimo que só diz respeito à pessoa. No caso em tela ainda, a agravante foi a veiculação de informação mentirosa, situação expressamente reconhecida pelo próprio órgão de imprensa, na mesma edição em que inseriu o sensacionalista chamariz. O processo se baseia no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal e revela uma constante busca de uma tutela jurídica ao direito de cada indivíduo de dispor de sua imagem, pois é através dela que se dá, fundamentalmente, a comunicação e a transmissão de informação nos dias de hoje.

Nessa trilha, os seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - PROGRAMA DE TELEVISÃO - IMAGEM - ENCENAÇÃO MONTADA - SIMULAÇÃO DE FLAGRANTE - DIVULGAÇÃO DESAUTORIZADA - VIOLAÇÃO DE DIREITO À INTIMIDADE - INTROMISSÃO INDISCRETA E DESCORTÊS NA VIDA PRIVADA - DANO MORAL - QUALIFICAÇÃO - É inquestionável direito da pessoa, posto que respeitante à personalidade, em não ter divulgada a sua imagem, tenha ou não a divulgação fins lucrativos. Caso em que a autora, em logradouro público, se viu enredada em cena de cunho constrangedor e que, posto solicitada, desautorizou fosse reproduzida em programa de televisão, o que, no entanto, não impediu a emissora de fazê-lo, o que, segundo alega, causou-lhe situações embaraçosas e conseqüências negativas para o meio social em que vive. Sentença cuidadosamente elaborada, versada em brilhante linguagem, e que apenas em pequena parte se modifica para elevar o valor do dano moral, dando-se, com isso, provimento ao primeiro apelo, negando-se provimento ao segundo e não se tomando conhecimento do terceiro. Obs.: Interpostos embargos de declaração providos parcialmente. (TJRJ - AC 987/2000 - 10ª C. Cív. - Rel. Des. Jayro S. Ferreira - Unânime - DORJ 03.08.2000)²⁶.

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO À IMAGEM - VEICULAÇÃO INDEVIDA EM REDE DE TELEVISÃO. - ARTIGO 5º, X, CF - Embora revestida de todas as características comuns aos direitos da personalidade, a imagem é peculiar frente às demais pelos aspectos da disponibilidade. A imagem de uma pessoa só pode ser usada em campanha publicitária de produtos, serviços, entidades, mediante autorização do seu titular e quando autorizada, no limite consentido. Sentença confirmada. (TJRS - AC 598 532 414 - 5ª C. Civ. - Rel. Des. Clarindo Favretto - J. 23.09.1999)²⁷.

INDENIZAÇÃO - Danos morais e ofensa à imagem - Artista que ao ser entrevistado solicita que não exponham na matéria seus defeitos físicos - Pedido não atendido pela revista - Verba devida - Inteligência do art. 5º, V da CF.

Ementa Oficial: Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus a indenização por danos morais e por ofensa à imagem. (Ap. 5.216/91 - 5ª C. - j. 24-3-92 - rel. Des. Sérgio Mariano)²⁸.

²⁶ Revista Jurídica, 274/128.

²⁷ Revista Jurídica, 270/125.

²⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio; CALDEIRA, Mirella D Angelo. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 791.

Conclusões

23. Harmonização dos direitos

Com acerto o prof. Dalmo Dallari²⁹ afirmou: “O povo necessita da liberdade de imprensa, mas tem igual necessidade de respeito à honra, à intimidade e à privacidade, bem como de outros direitos fundamentais, devendo-se procurar sempre a conciliação e a harmonização dos direitos. Numa sociedade democrática, ninguém deverá ser o único árbitro dos limites e das conveniências quanto ao respeito aos direitos, pois tal privilégio seria uma concessão totalitária, semelhante à do monarca absolutista, que só se submetia ao julgamento de sua própria consciência”.

O modelo econômico de produção correspondente à televisão massiva é o de sistema de produção serializada, homogeneizante e caracterizado pela rígida divisão do trabalho. Para vários analistas, o mercado de aparelhos de televisão, aliado à promoção pelo marketing dos bens de consumo de massa, constituiu um núcleo importante de acumulação de capital. Em termos políticos, ajudou a criar consenso sobre a ordem social que sustentava a garantia pelo Estado de uma infra-estrutura para a radiodifusão e a certeza de um mercado estável para o desenvolvimento da sociedade de consumo.

O modelo atual baseia-se na flexibilidade do sistema produtivo, desde os processos de trabalho até os padrões de consumo. Este modelo, progressivamente aprofundado pelas inovações tecnológicas, tem como vetor segmentação tanto da produção de programas como da audiência.

Como se percebe, a televisão não é “coisa uma”, mas um meio em evolução. Pelo menos em termos técnicos, porque culturalmente as coisas andam de mal a pior. São poucas as opções aceitáveis na TV a cabo, e no circuito aberto predomina a velha estética do grotesco chocante. É possível que a sociedade global termine tendo de perguntar como se conciliam tradições saudáveis com lixo cultural reciclado.

²⁹ Folha de São Paulo - 06/08/2001 - p. A3.

24. Liberdade bloqueada

Conforme lei sancionada pelo presidente Fernando Henrique, a partir de 2003 os aparelhos de TV deverão sair de fábrica com um dispositivo capaz de bloquear programas indesejáveis. A medida, que certamente vem ao encontro do anseio de muitos pais, nos conduz à seguinte indagação: um microchip pode substituir a nossa faculdade, talvez esquecida, de tomar decisões? De acordo com o pedagogo MARCOS ANTONIO MEIRA³⁰, precisamos fazer duas ponderações:

A primeira refere-se ao fato de que a lei coloca a TV como a única responsável pelas possíveis distorções do comportamento infantil. Não podemos esquecer que a criança é exposta a todo o tipo de informação diariamente, sem que possamos fazer qualquer controle. Ademais, determinados programas destinados a essa faixa etária pouco contribuem ao seu desenvolvimento. A segunda está relacionada à fixação da idade mínima permitida para cada programa. Por serem critérios padronizados, ignoram que nem todas as crianças apresentam o mesmo ritmo de desenvolvimento.

Após essas considerações, podemos ingressar na parte mais polêmica da lei: a liberdade do ser humano. A partir do momento em que um microchip é utilizado no lugar da nossa capacidade de discernimento, estamos delegando responsabilidade e negando qualquer participação real no processo educacional das crianças.

Afinal, ainda não inventamos recursos que possam substituir o respeito e o diálogo na formação de um homem verdadeiramente senhor de suas ações.

25. Busca de um permanente equilíbrio

Não há como deixar de reconhecer que, sob muitos aspectos, a atividade dos veículos de comunicação e dos profissionais da informação tem se tornado mais complexa e tecnologicamente mais sofisticada do que previam nossas velhas. Se antes, em regiões como as do nosso continente latino-americano, a defesa da liberdade irrestrita de imprensa se impunha, como anteparo contra os cerceamentos de governos autoritários e de ditaduras, ou como instrumento de combate aos seus abusos, hoje em dia - especialmente nas democracias do Primeiro Mundo, mas também nas emergentes como a nossa - o direito à liberdade de expressão tem que ser condicionado por um outro direito, inerente à cidadania, que é o direito

³⁰ MEIRA, Marcos Antonio, artigo publicado no jornal "Diário Catarinense", p. 10, 23.01.2002

à privacidade. E nossa Constituição acolhe a ambos, pois afirma que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (artigo 5.º, IX), para logo em seguida afirmar (artigo 5.º, X) que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoa...” - sem esclarecer como conciliar a vigência dos dois direitos nos casos em que forem conflitantes.

Esse aparente conflito entre dois direitos de cidadania - e a indefinição sobre qual deles teria primazia - autorizaria alguém a firmar que é livre a atividade de comunicação, inclusive para violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas? O simples bom senso diz que não, embora haja uma interminável discussão filosófica, ética e jurídica sobre o tema, até nas mais perfeitas democracias contemporâneas.

“De qualquer forma, seja por meio de uma reformulada legislação civil e penal, seja por uma nova Lei de Imprensa, é preciso que se normalizem as relações dos veículos de comunicação com a sociedade, e também desta com os profissionais da informação, com o objetivo precípua de conciliar a maior liberdade possível com o mais elevado senso de responsabilidade”³¹.

Referências:

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

BOECHAT, Elba. reportagem publicada no jornal “O Globo” em 01.08.1993.

CABO, Álvaro Antonio do; BARBOSA, Notaroberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Saraiva. 1991.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva. 1997.

DI FRANCO, Carlos Alberto. “O papel do telespectador” - artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo” em 14.02.2000.

FALCÃO, Joaquim. artigo publicado no jornal “O Globo” em 06.06.1993.

³¹ Editorial de “O Estado de São Paulo”, “in fine”, pág. A-2- 26.11.2000

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo” em 15.06.1994.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.

MARTINELLI, João Carlos José. *O Sentimento de Justiça*. Jundiaí: Literarte. 2000.

_____. *O Estado e o Cidadão: Um Exercício de Cidadania*. Jundiaí: Literarte. 2000.

MEDEIROS FILHO, Marcílio. artigo publicado no jornal “O Estado” de Florianópolis, SC, em 17.01.1999.

MEIRA, Marcos Antonio. artigo publicado no jornal “Diário Catarinense” em 10, 23.01.2002.

REIS, Clauton. *Do Dano Moral*. Rio de Janeiro:Forense.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva. 1999.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições*. vol. I. São Paulo: Saraiva.1971.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo” em 03.08.96.

ZIRALDO. “Pelo bom uso da liberdade”. artigo publicado no “Jornal do Brasil” em 21.11.2000.

DIREITO PENAL DO INIMIGO: BASES HISTÓRICAS, FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS E BREVES NOÇÕES TEÓRICAS

*Luiz Gustavo Fernandes*¹

1. Introdução

O presente tema, Direito Penal do Inimigo, foi por nós escolhido em face da grande dificuldade de compreensão e, certamente, pela grande curiosidade que vem, até os dias atuais, despertando nos estudiosos da dogmática jurídico-penal.

A flexibilização de princípios constitucionais, bem como a exclusão de garantias, dentre outras propostas que intentou o Professor Günther Jakobs em seu “Direito Penal do Inimigo” acabou gerando grande polêmica no mundo acadêmico, vez que, ao que nos parece, aludido mestre tentou desenvolver seus estudos com suporte em uma ideologia que não se confunde com a do Direito Penal.

Entretanto, trata-a como sendo um Direito Penal, porém, “do inimigo”.

Pois bem, inicialmente o presente tema, que tentaremos desenvolver neste perfunctório trabalho merece, por sua vez, uma pequena introdução sobre as bases históricas, filosóficas e sociológicas.

É certo que tais conceitos servirão, tão-somente, de alicerce para uma eventual compreensão do que seria o então denominado Direito Penal do Inimigo, vez que, muitos artigos foram escritos sem a observância da devida atenção dessas bases que exige o desenvolvimento metodológico do tema.

Nesse sentido, merece o tema a compreensão sem juízos precipitados.

1.1. Uma breve visão do funcionalismo de um modo geral

¹ Mestre em Direito Penal pela PUC-SP, Pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas, Universidad de Salamanca e Universidad de Toledo, e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

Hoje temos três tipos de sistemas funcionalistas no âmbito do direito penal, ou seja, o funcionalismo moderado, de Claus Roxin, influenciado por Talcott Parson; o funcionalismo radical, de Günter Jakobs, influenciado pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann; e por fim o funcionalismo limitado, de Santiago Mir Puig².

O primeiro – funcionalismo moderado - é voltado à necessidade da penetração da política criminal na dogmática penal (Roxin).

O segundo - funcionalismo radical - é representado pelo funcionalismo sociológico, inspirado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Por fim, o terceiro – funcionalismo limitado -, voltado à justificação do direito penal por sua utilidade social, porém, está vinculado aos limites do Estado Democrático de Direito.

Por essa divisão, encontra-se, na doutrina penal, certa dificuldade para se definir o que venha ser o sistema funcional; levando-nos ao entendimento que, de um modo geral e precário, o funcionalismo propõe a inserção da política criminal na teoria do delito.

Segundo Roxin, o funcionalismo sustenta a ideia de reconstrução da teoria do delito, acrescentando-se-lhe, como mais um elemento, a política-criminal. Neste esteio intenta ao Direito Penal uma maior funcionalidade.³

Portanto, o funcionalismo penal critica os conceitos metodológicos finalistas, calcados no ontologismo, vez que, conforme observa Alexandre Almeida de Moraes, apoiado no entendimento de Luís Greco: “o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver problemas jurídicos (segundo engano - falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal”.⁴

Em suma, o funcionalismo não se interessa pela estrutura da finalidade, mas, sim, com o problema jurídico normativo.

Essa é apenas uma visão geral do que seria o sistema funcional, lembrando, como já alertou o Professor Vives Antón:

² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal: uma visão do Direito Penal do Inimigo*. Dissertação defendida publicamente na PUC/SP. p. 103.

³ Apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit. p. 101.

⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit. p. 102.

La eclosión del funcionalismo en la dogmática penal ha provocado un fervor reconstructivo, según, el cual casi cualquier cosa puede resultar un precedente del funcionalismo. Así, v.g., el análisis de la acción desde la perspectiva de su funciones intrasistemáticas se presenta como una muestra de análisis funcional – en el marco de un estudio sobre el funcionalismo en el Derecho Penal – sin advertir que dicho análisis no responde, en si mismo, a ningún tipo de planteamiento funcionalista.⁵

1.2 – O funcionalismo radical de Günther Jakobs

Como já dito, o Professor da escola de Bonn foi influenciado, na sua teoria funcional, pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann⁶ que, por sua vez, foi influenciado pela teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela.

Luhmann estudou em Havard, com o Professor Talcott Parsons e, regressando à Alemanha, dedicou, até sua morte, ao seu único projeto, “Uma teoria da sociedade”.

Naquela época, grande difusão teve a teoria de Maturana e Varela no estudo dos sistemas vivos.

Diziam tais professores que todos os sistemas vivos são fechados e autopoieticos⁷.

Basicamente, entendiam que todos os sistemas são produtos e produtores ao mesmo tempo, porém fechados. Os sistemas vivos necessitam da inter-relação com outros sistemas, modificando-se com isso.

Luhmann entendia que os sistemas sociais também funcionam dessa maneira, ou seja, são fechados e autopoieticos, porém necessitando de comunicação.

Aliás, entendia, ainda, que a sociedade é basicamente constituída de comunicação, ou seja, o ser humano, que vive em sociedade, cria expectativas ao receptor da comunicação. Entendia que qualquer tipo de comunicação é válido, exemplificando que se uma pessoa estica a mão para outra, esta terá a expectativa de que apenas o estão saldando.

⁵ VIVES ANTÓN. Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant lo Blanch: Valência/Espanha. 1996, p. 434.

⁶ O próprio Jakobs, embora reconheça a importância no cenário atual do pensamento de Luhmann, afirma que o leitor, ao tomar contato com seus textos, logo perceberá que se distanciam das considerações da teoria Luhmanniana – e aqui está Jakobs referindo-se, sobretudo, aos seus pensamentos acerca das normas jurídicas e tipos de comunicação. CHAMON JUNIOR. Lucio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 71-72.

⁷ O termo *poiesis* vem do vocábulo grego que significa produção, assim, portanto, autopoietico significaria auto-produção.

Luhmann entendia que uma pessoa que não vive em sociedade e, por consequência não se comunica, não é pessoa, mas, sim, um animal, pois os animais não criam expectativas.

Por assim dizer, a Teoria dos Sistemas de Luhmann teve por objeto os sistemas autopoieticos sociais a fim de que se reduzam complexidades.

Jakobs tomou esses conceitos sociais como paradigma e, assim, concebeu a ideia de que o funcionalismo penal tem o dever de proteger as expectativas normativas da sociedade, garantindo a identidade social.

Na mesma linha, a pena, para ele, tem a função de restabelecer a vigência da norma violada e, por decorrência, garantir a identidade social.

Ensinou-nos o Professor Chamon Junior:

Assim, pretenderia o Direito Penal solucionar um problema social através do sistema jurídico que, enquanto um sistema social, seria parcial e implicaria que tudo isto ocorreria “dentro da sociedade”: não é possível separar o Direito Penal da sociedade. Existiria, assim, uma dependência que seria recíproca entre o Direito Penal e sociedade e é esta co-dependência que determinaria a “influência” recíproca, mas tal relação não poderia ser de tal ponto que não permitisse mais a própria função do Direito Penal – manter a configuração da sociedade, capaz, todavia de evoluir.⁸

É certo, então, entendermos que o Direito Penal é um sistema que se comunica com o sistema social e, no entendimento de Jakobs, essas comunicações entre sistemas fechados e autopoieticos os evoluem.

Entendeu, por exemplo, o citado Professor, que seria legítima a pena de açoite em praça pública, em alguns países muçulmanos, vez que o direito penal lá vigente está em comunicação com o seu sistema social (acoplamento estrutural de Maturana).⁹

Não que Jakobs concorde com a pena de açoite, impõe-se observar, apenas as entende como legítimas naqueles países, pelas razões elencadas.

Em suma, Zenkner Schimidt¹⁰, sintetiza a metodologia do Funcionalismo Jakobino em três vertentes:

⁸ CHAMON JUNIOR. Lucio Antônio. Op. cit., p. 73.

⁹ ZENKNER SHIMIDT. Andrei. *Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista*. Revista de Estudos Criminais 11. p. 106.

¹⁰ Ibidem, p. 104-109.

O Direito Penal e a sociedade estão numa dependência recíproca.

Na autopoiese o Direito Penal evolui internamente, a partir do contato com o meio onde se desenvolve, ou seja, o sistema social. Portanto, ele também se desenvolve. Nesse sentido este acoplamento estrutural gera uma dependência recíproca.

O Direito Penal é um instrumento de preservação de identidade social, e não um meio de controle social.

A função do controle social (proteção de bens, violência etc.) não pertence ao Direito Penal, mas, sim, a outros sistemas. Portanto, Jakobs não propõe limites à intervenção penal, vez que tais limites são externos ao Direito Penal, que é fechado e autopoiético.

A função do Direito Penal é corresponder às expectativas normativas da sociedade, protegendo a violação da norma.¹¹

O fato delituoso é entendido a partir de uma compreensão comunicativa que contradiz as expectativas normativas, vale dizer, é uma falha de comunicação. A pena é uma resposta à vigência desta norma violada, ou seja, por uma concepção luhmanniana, a sociedade se verifica por meio de normas.

Por fim, o funcionalismo de Jakobs dá um novo conteúdo à culpabilidade, o da periculosidade. Neste caminho, entendeu o Professor Paulo Queiroz que Jakobs substitui o conceito de culpabilidade pelo da prevenção geral¹².

Assim, de tudo que foi dito, este é um perfunctório resumo do que seria a base metodológica do funcionalismo radical de Günther Jakobs, lembrando que este conciso estudo não se presta a um profundo conhecimento da matéria, mas, sim, uma sintética reflexão e um caminho a se trilhar.

1.3 – Porque parte dos acadêmicos intitulam Günther Jakobs de Nazista? Um esboço histórico.

Jesus-Maria Silva Sánchez¹³, em sua obra “A expansão do Direito Penal”, mais precisamente no capítulo 7, fala-nos sobre a terceira velocidade do Direito Penal. Estabeleceu

¹¹ Ibidem, p. 104.

¹² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal - Introdução crítica*. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 121.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 148.

que a primeira velocidade do Direito Penal foi representada pela pena de prisão, a segunda, pelas penas pecuniárias e restritivas de direitos, e a terceira, caracteriza-se pela concorrência da pena de prisão com uma certa relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais (leia-se Direito Penal do Inimigo).

Aqui um parêntese!

A pergunta que surge é se a denominada terceira velocidade do Direito Penal é procedente da dogmática moderna.

O próprio Silva Sánchez responde que o Direito Penal do Inimigo – poder-se ia conjecturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos. Isso, ainda que tais medidas se revelassem com frequência sob a aparência formal de penas.¹⁴

Essa resposta, do Professor Silva Sánchez, estaria baseada na concepção dada pelo Professor alemão Franz Von Liszt¹⁵, em seu famoso Programa da Universidade de Marburgo de 1882. Em síntese, propunha Liszt:

pena simplesmente intimidativa ou admonitória aos delinquentes ocasionais;

medidas de segurança e correção aos delinquentes perigosos, mas corrigíveis;

penas complementadas por medidas de segurança com tempo indeterminado aos delinquentes perigosos e incorrigíveis.

Posteriormente, mais precisamente após 40 anos desse discurso, um dos discípulos mais ilustres do professor berlinense, Gustav Radbruch, filósofo e jurista, trouxe essas ideias à República de Weimar, vez que era Ministro da Justiça.

Este professor, levando em conta a precária condição econômica da Alemanha da República de Weimar, propôs projetos de reforma do Código Penal alemão calcado no ideário de seu mestre - a preocupação com o delincente habitual. Porém, nenhum projeto prosperou, isto é, entrou em vigor.

¹⁴ Ibidem, p. 150.

¹⁵ MUÑOZ CONDE. Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Tirant lo Blanch: Valencia/España; 2003; p. 40.

Como dito, a Alemanha estava em uma precária condição econômica e, por consequência, com grande contingente de desempregados. Desocupados e criminosos habituais infestavam o país.

Razões para o referido declínio econômico foram a derrota na primeira grande guerra, o pacto de Versalles e, adiante, o crack da bolsa de Nova York.

O Professor espanhol Luis Jiménez de Asúa, outro importante discípulo de Von Liszt, também levou tais ideias ao seu país, tendo participado da redação da lei dos *Vagos y Maleantes*, que constituía na imposição de medidas punitivas aos meliantes, prostitutas, vagos etc. sem mesmo haver sido praticado algum delito.

Retornando à Alemanha, como é cediço, em 1933 ascendeu ao poder o partido nacional-socialista e, apoiado nas ideias de Liszt e Radbruch, propôs o projeto dos estranhos à comunidade.

Com o advento da Segunda Grande Guerra, aliado às concepções racistas do partido nacional socialista, foi adotada esta lei - dos estranhos à comunidade - de uma forma mais ampla, ou seja, considerava estranho à comunidade alemã os judeus, ciganos etc. O final da história todos conhecem, ou seja, os indigitados campos de concentração.

Muita similitude há no desenvolvimento do pensamento filosófico de Von Liszt até a operacionalização pelo partido nacional socialista e o Direito Penal do Inimigo, porém, o que se deve notar é que sua origem nada tem a ver com o pensamento nazista.

Von Liszt havia falecido muito antes do partido nacional-socialista chegar ao poder e Radbruch foi perseguido pelos nazistas, por não concordar com tal pensamento. Portanto, conclui-se:

O ideário de Von Lizst e Radbruch não tinha qualquer relação com o do partido nacional-socialista.

Assim, não se pode comparar os ideários antigos e novos com as monstruosidades ocorridas na Segunda Grande Guerra.

2. Direito Penal do Inimigo: Breves noções teóricas

Jakobs propôs o intitulado “Direito Penal do Inimigo”¹⁶ defendendo a ideia da necessidade de adoção de um Direito destinado àquelas pessoas que representam um perigo concreto para a sociedade.

Assim, ao lado do conhecido Direito penal tradicional (do cidadão), aplicado aos criminosos “comuns”, haveria o Direito penal do inimigo, válido para todos os que escolheram desvincular-se da sociedade juridicamente organizada.

Também baseou sua tese nos pensadores contratualistas, segundo os quais quem deixa de viver de acordo com as normas socialmente estabelecidas deveriam ser tratados como inimigo, e não mais como cidadãos.

Dentre os pensadores aludidos poderíamos citar Rosseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Aduziu, por exemplo, Rosseau:

qualquer ‘malfeitor’ que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, posto que se encontra em guerra com este. (...) A consequência se diz assim: ‘ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.’¹⁷

Fichte:

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.¹⁸

Hobbes, inicialmente, ressalta que o cidadão não pode, por si mesmo, eliminar seu *status*, mas, no caso de alta traição, deve ser considerado inimigo:

¹⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁷ *Ibidem*, p. 26.

¹⁸ *Ibidem*, p. 26.

[...] a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída ao estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.¹⁹

Finalmente, para Kant, quem não se integra voluntariamente a um estado comunitário-legal deve ser impelido a fazê-lo ou obrigado a retirar-se. Porém, “em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado [...] como um inimigo’”.²⁰

Como consequência natural de sua proposição, aos cidadãos devem ser assegurados todos os direitos e garantias penais e processuais. Ao contrário, contra os inimigos pode ser suprimido integralmente o devido processo legal, com todos os corolários que lhe são inerentes.

Buscando a efetividade de sua teoria, fundada na prevenção extremada de crimes cometidos pelos chamados “inimigos”, Jakobs subverte as preocupações atuais do Direito Penal.

Não mais devemos nos ocupar com fatos passados, mas com a possibilidade de atos futuros: o Direito abandona uma visão retrospectiva para adotar outra, prospectiva.

Em razão disso, diversas e profundas são as mudanças no Direito Penal, ao mesmo no que tange ao “inimigo”.

Em primeiro lugar, como se busca a proteção efetiva da sociedade, prevenindo-se de possíveis crimes, a pena passa a ter um caráter de medida de segurança.

Justamente por isso, sua intensidade não mais se vincula com a culpabilidade do agente, mas com o perigo abstrato representado pelo inimigo. Inaplicável, portanto, o princípio da proporcionalidade.

Para que a proteção seja eficaz, também o âmbito de proteção da norma deve ser adiantado ao máximo, antecipando-se a tutela penal a ponto de alcançar até mesmo atos preparatórios. Isso porque se espera que o inimigo seja impedido, prontamente, de agir.

No entanto, uma importante questão em torno da estudada proposição de Jakobs se faz oportuna, ou seja, como identificar os inimigos? Quem seriam eles?

¹⁹ Ibidem, p. 27.

²⁰ Ibidem, p. 29.

3. Conclusão

Essas são apenas uma pequena amostra das bases sociológicas, filosóficas e históricas dessa teoria tão polêmica proposta há mais de dez anos.

Contudo, nada obstante os seus sedutores argumentos filosóficos de combate à criminalidade organizada, após decorrido todo aludido tempo, ainda não temos respostas para alguns questionamentos.

Qual o alcance da expressão “inimigo”?

Pode um Estado Democrático de Direito decretar que uma pessoa seja “inimigo” e portanto um “não pessoa”?

Esse “Direito” não seria um direito do autor e, desta forma, totalmente diverso do Direito Penal tradicional que é baseado no fato? Ou seja, se pune pelo oque o sujeito é e não por que ele fez.

Enfim, além dos vários questionamentos aludidos e sem resposta consistente, o certo é que no Brasil, por força do Preâmbulo da Constituição brasileira que faz referência à instituição de um “Estado Democrático de Direito”; por força da cidadania e a dignidade da pessoa humana que são dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inc. II e III do art. 1º da Constituição), irradiando os seus efeitos por toda a Constituição, o intitulado “Direito Penal do inimigo” não seria admitido.

Em decorrência dos fundamentos assinalados no parágrafo anterior, a Constituição brasileira relaciona diversos princípios, cabendo assinalar o da igualdade (art. 5º, caput), da humanidade (art. 5º, inc. III, XLI, XLVII e XLIX), do devido processo legal (LIV), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII e LIII), da presunção da não-culpabilidade (art. 5º, inc. LVII) entre outros.

Dessa forma parece-nos que esse “Direito Penal” (se é que podemos chamá-lo assim) é totalmente incompatível com nosso Ordenamento Constitucional.

Referências:

CHAMON JUNIOR. Lúcio Antônio. *Um giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES. Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal – Uma visão do Direito Penal do Inimigo*. Dissertação defendida publicamente na PUC/SP;

MUÑOZ CONDE. Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Tirant lo Blanch: Valencia/España; 2003;

QUEIROZ. Paulo. *Direito Penal - Introdução crítica*. Saraiva: São Paulo, 2001.

SILVA SÁNCHEZ. Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. RT: São Paulo; 2002.

VIVES ANTÓN. Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant lo Blanch: Valência/Espanha. 1996.

ZENKNER SHIMIDT. Andrei. *Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista*. Revista de Estudos Criminais 11.

O DIREITO DE PROPRIEDADE PERANTE ÀS ASSOCIAÇÕES DE MORADORES E O PROJETO DE LEI Nº 2725/2011

*Mauro Alves Araújo*¹

1. Breves Considerações

O que se pretende com o presente artigo é apontar a inconstitucionalidade de um projeto de lei que se iniciou de forma totalmente contrária à aprovada, e com isso ferindo frontalmente o direito de propriedade, o direito adquirido e o próprio direito de ir e vir, assegurados na Constituição Federal.

Quando do doutoramento, teve-se a oportunidade de demonstrar na tese defendida a limitação que era imposta injustamente em alguns loteamentos, ditos fechados, controlados por associações de moradores como se condomínios o fossem, na forma da lei, aceita em parte pela jurisprudência, embora objeto de enormes discussões na doutrina e na jurisprudência. Não se cuida de uma limitação imposta pela lei, mas sim, criada e imposta por uma situação fática.

E o Projeto de Lei nº 2725/2011, de autoria do ex-Deputado Federal Romero Rodrigues, visava proibir “às associações de moradores a cobrança de taxas dos moradores de vilas ou vias públicas de acesso fechado”, conforme ementa de referido projeto, exatamente por ter como inconstitucional a cobrança de taxas por associações de moradores, em loteamentos com acesso fechado.

Mas, a tramitação deste projeto de lei sofreu profunda alteração, por força do apensamento requerido pelo Deputado Federal Arnaldo Jardim, ao Projeto de Lei nº 3.057, de 2000, de autoria do Bispo Wanderval, que inverteu a intenção do Deputado Federal Romero Rodrigues.

Esse Projeto de Lei nº 3057, aprovado na Comissão Especial, discute “as definições e conceitos de lote, unidade imobiliária, loteamento, condomínio urbanístico e outras modalidades de parcelamento”, regulando “a manutenção do sistema viário, das áreas

¹ Doutor em Direito Civil pela PUC-SP e professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), de Jundiaí (SP).

destinadas ao uso comum e da infraestrutura interna”, e no que se refere “ao fechamento de vias para os loteamentos de acesso controlado, que são administrados por associação de moradores, o Projeto (Substitutivo aprovado da Comissão Especial - art. 124) estabelece as seguintes regras:”

Art. 124. Observadas as disposições desta Lei, admite-se a aprovação de loteamentos para fins urbanos com controle de acesso, desde que:

I – lei estadual ou municipal autorize a expedição de licença para esse tipo de empreendimento e a outorga de instrumento de permissão ou concessão do direito de uso das áreas internas do loteamento;

II – a concessão ou permissão de uso referida no inciso I seja outorgada a uma associação de proprietários ou adquirentes de lotes, legalmente constituída.

§ 1º Para a expedição da licença referida no inciso I do caput, a legislação municipal deve prever que sejam avaliadas as seguintes questões:

I – possibilidade de integração futura do acesso do loteamento fechado com o sistema viário existente ou projetado;

II – mobilidade urbana no entorno do empreendimento;

III – acesso da população em geral aos equipamentos comunitários.

§ 2º Ao aprovar o projeto de loteamento com controle de acesso, a autoridade licenciadora fica, automaticamente, obrigada a outorgar o instrumento de permissão ou concessão referido no inciso I do caput, o qual deve ser formalizado imediatamente após a averbação da licença final integrada, no competente Registro de Imóveis.

§ 3º O prazo de vigência da concessão ou permissão de uso deve ser prorrogado, automática e sucessivamente, a cada vencimento, por igual período, desde que cumpridos os encargos atribuídos à associação referida no inciso II do caput.

§ 4º Considera-se válido o empreendimento que tenha sido licenciado ou implantado na forma de loteamento fechado, com base em lei estadual ou municipal, até a data da entrada em vigor desta Lei, desde que sua implantação tenha respeitado os termos da licença concedida.

§ 5º A representação ativa e passiva, judicial ou extra-judicial, perante a autoridade licenciadora e aos seus associados, quanto aos direitos e obrigações decorrentes da concessão ou permissão de uso, é exercida pela associação a que se refere o inciso II do caput, observado que:

I – as relações entre os proprietários ou adquirentes de lotes e a associação são regidas pelo seu estatuto social;

II – o adquirente de lote em loteamento com controle de acesso que for beneficiado com quaisquer serviços prestados pela associação referida no inciso II do caput, em decorrência da concessão ou permissão de uso, não pode se negar a pagar a sua cota nas respectivas despesas;

III – a forma de rateio das despesas referidas no inciso II deve ser prevista no estatuto da associação.

§ 6º A concessão ou permissão de uso de que trata o inciso I do caput não pode impedir a continuidade da prestação dos serviços públicos de energia elétrica, telefonia, gás canalizado, fornecimento de água potável,

esgotamento sanitário e coleta de lixo aos proprietários ou adquirentes de lotes pelo Município ou seus permissionários ou concessionários.

Na Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania, o Deputado Federal Paes Landim deu parecer pela “*constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do projeto de lei nº 2.725, de 2011, da emenda modificativa apresentada na Comissão de Desenvolvimento Urbano e do Substitutivo aprovado na mesma Comissão*”, vale dizer, aprovou, dentre outros pontos, a cobrança de taxas pelas associações de moradores dos proprietários, ainda que não associados.

Isso depois de mencionar em seu parecer a jurisprudência da Excelsa Corte Constitucional a respeito do assunto², e o parecer do Relator Paes Landim foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania no dia 01 de julho de 2014.

E é sobre esse substitutivo do projeto de lei nº 2725/2011, aprovado na referida Comissão, que se pretende demonstrar a inconstitucionalidade.

Para tanto, como mencionado anteriormente, utilizar-se-á parte do texto da tese de doutoramento³.

2. Loteamento Fechado e as Associações de Moradores

Essa atípica figura de empreendimento⁴ é totalmente ilegal⁵, o que não poderia ser capaz de limitar o direito de propriedade. Entretanto, não é o que se verifica no mundo fático-jurídico, apesar dos esforços de parte do Ministério Público Paulista⁶.

² ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – MENSALIDADE – AUSÊNCIA DE ADESÃO. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei nº 4.591/1964, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da vontade – art. 5º, II e XX, da Constituição Federal. (STF – RE 432106/RJ – Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 22/9/2011 – 1ª Turma)

³ “A Mitigação do Absolutismo no Direito de Propriedade Imobiliária”, PUC/SP, 2007

⁴ Conhecidos como loteamentos e condomínios fechados, que se utilizam, justamente, da então aplicável Lei nº 4591/1964, Lei de Condomínio Edilício, e da Lei nº 6766/1979, Lei de Loteamento, Roberto J. Pugliese, “*Time Sharing, Flat Service, Apart Hotel, Shopping Center, Condomínios e Loteamentos Fechados – Expressões Modernas do Direito de Propriedade*”, São Paulo: Revista dos Tribunais nº 733, novembro de 1996, pp. 755/756.

⁵ Nesse sentido, Roberto J. Pugliese, op. cit., p. 757, demonstra serem estes empreendimentos uma burla à lei, por não se adequarem, integralmente, a nenhuma das leis aplicáveis, o que impede, portanto, definir as consequências jurídicas da propriedade, vale dizer, para o presente estudo, as suas limitações. Kioitsi Chicuta,

Portanto, primeiramente, mister se faz demonstrar as razões invocadas pelos defensores deste tipo de empreendimento, também conhecido como “*loteamento em condomínio*”, para, posteriormente, demonstrar-se a falta de embasamento legal dos argumentos utilizados, reiterando-se, em parte, o instituto jurídico do condomínio edilício.

Assim, os argumentos utilizados pelos defensores da legalidade dos “*loteamentos fechados*”, também conhecidos como “*loteamentos em condomínio*”, criados e aprovados pelos ditames da Lei nº 6766/79, resumidamente, são (a) a necessidade de segurança; (b) a equiparação do loteador ao incorporador, dos compradores de lotes aos condôminos e das obras de infra-estrutura à construção da edificação; (c) inexistência de prejuízos aos cidadãos, ante a não incorporação fática das áreas ao domínio público; (d) a previsão legal deste tipo de empreendimento na então vigente Lei nº 4591/64.

Aliás, em nome da segurança (a), temos visto uma compreensível, mas inadmissível, afronta ao direito constitucional de ir e vir do cidadão, na medida em que se multiplicam as ruas ou quadras inteiras fechadas arbitrariamente por seus moradores, que colocam cancelas para controlar os que procuram ultrapassá-las, ou, simplesmente, fecham as ruas com portões, impedindo qualquer um de ultrapassar que não seja morador do local, muitas vezes, com o beneplácito dos órgãos que deveriam coibir o desrespeito à lei ⁷.

afirma que a “*proliferação dessas espécies de loteamentos convencionais fechados tem causado enormes dificuldades, principalmente porque estes contêm, nos respectivos interiores, bens públicos*” (in “*Condomínio Edilício – aspectos relevantes – aplicação do novo Código Civil*”, p. 131)

⁶ É o que se constata nas inúmeras Ações Cíveis Públicas promovidas pela Instituição, conforme notícia Marcelo Ferreira de Souza Netto, em brilhante trabalho publicado in “*Temas de Direito Urbanístico*”, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo, Ministério Público/Imprensa Oficial, São Paulo, 1999, pp. 237/256. Bem como, nas preleções de Kioitsi Chicuta, op. cit., p. 131

⁷ Matéria neste sentido foi publicada no jornal “*O Estado de São Paulo*” de 22 de maio de 1995, caderno “*ciudades*”, p. C4 e C5. Tendo-se conhecimento de tal prática em loteamentos inteiros, mormente na cidade de Vinhedo, em que as arbitrariedades ultrapassam o bom senso, chegando ao ponto destes “*condomínios*” controlarem a vida dos moradores mais do que nos próprios condomínios horizontais, regulados na forma da lei. Mais, havendo decisões judiciais a favor da aplicação das regras de propriedade horizontal aos loteamentos fechados: “*LOTEAMENTO FECHADO, Despesas aprovadas em assembléia-geral sem impugnação - Verbas devidas à sociedade administradora pelo sócio-proprietário, que não pode rebelar-se contra sua cobrança em sede de contestação - Decisão que deve ser observada e cumprida enquanto não anulada ou modificada por outra assembléias-geral, nos termos do estatuto social - Irrelevância de não se tratar de condomínio - Convenção que, como ‘ato-regra’, obriga todos os adquirentes dos lotes, tal como no condomínio horizontal*” (1º TACivSP - Ap. 421.298-8 - 8ª C.- j. 25.4.90 - Rel. Juiz Toledo Silva) (RT 659/106); “*CONDOMÍNIO - Despesas condominiais - Cobrança que se faz, em exclusivo, através de ação de conhecimento tendente à formação ulterior de título executivo sentencial (art. 275, II, ‘c’, do CPC) - Deferimento da pretensão não impedido ainda que se trate de condomínio irregular ou de fato*” (1º TACivSP - Ap. 442.699-5 - 3ª C. Esp julho/90 - j. 17.7.90 - Rel. Juiz Ricardo Credie) (RT 660/132); “*CONDOMÍNIO ESPECIAL - Loteamento fechado - Despesas de conservação das partes comuns - Cobrança das cotas relativas ao orçamento aprovado*

A doutrina⁸ e a jurisprudência⁹ que admitem esta forma de empreendimento, além de uma visão individualista da lei para justificar os argumentos invocados, possuem, na realidade, uma insofismável ilegalidade, quando não atendem a interesses particulares.

José Afonso da Silva¹⁰, usando a terminologia incorreta, faz precisa distinção entre condomínio e loteamento, nos seguintes termos:

[...] loteamento fechado¹¹ constitui modalidade especial de aproveitamento condominial do espaço para fins de construção de casas residenciais térreas ou assobradadas ou edifícios. Caracteriza-se pela formação de lotes autônomos com áreas de utilização exclusiva de seus proprietários, confinando-se com outras de utilização comum dos condôminos. O terreno, assim loteado, não perde sua individualidade objetiva, enquanto sofra profunda transformação jurídica. Diferente do processo de loteamento propriamente dito, em razão do qual ‘ o terreno loteado perde sua individualidade objetiva, transformando-se em lotes que se individualizam em unidades autarquicamente bastante a si mesmas; inexistente o estado e a pluralidade de comunhão; cria-se um bairro, cujo equipamento urbano (inclusive as vias, estradas e caminhos, como públicos que passam a ser com o registro imobiliário) passa a participar do sistema viário local e da orbe municipal.

Não se pode olvidar da inconstitucionalidade que representa a autorização dada pelos municípios para fechamento das ruas dos loteamentos, com muros e cancelas que impedem o

em Assembléia Geral - Legitimidade - Possibilidade de os proprietários desses lotes assumirem a obrigação da manutenção de equipamentos urbanos que, normalmente, seriam da responsabilidade do Poder Público - Obrigatoriedade de quem usufrui das utilidades, contribuir na proporção indicada na convenção” (TACivRJ - Ap. 11.863/93 - 6ª C.- j. 16.11.93 - Rel. Juiz Nilson de Castro Dião) (RT 706/161); embora outra, mais acertada, tenha repellido a pretensão: “*CONDOMÍNIO - Despesas condominiais - Pagamento não devido - Convenção instituidora posterior à aquisição de lote pelo proprietário e à qual este não compareceu - Hipótese em que, por vontade própria, não é condômino - Direito a ser respeitado - Área, ademais, autônoma e independente - Carência de ação contra ele proposta*” (TACivRJ - Ap. 65.034 - 5ª C.- j. 14.10.87 - Rel. Juiz Geraldo Batista) (RT 627/207). Em Agravo de instrumento tirado de Ação Civil Pública, o Tribunal de Justiça Paulista, acertadamente, assim decidiu: “*AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Loteamento – Transformação em condomínio fechado com construção de muros e instalação de cancelas – Livre trânsito do cidadão obstado e condicionado à identificação perante autoridade ilegítima – Inadmissibilidade – Verossimilhança das alegações oferecidas com a petição inicial – Recurso provido para concessão da liminar pretendida*” (AI nº 12.348.4/5, da Comarca de Itanhaém)

⁸ Hely Lopes Meirelles, Loteamento Fechado, Direito de Construir, op. cit., p. 114, 1994; Marco Aurélio da Silva Viana, Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal, Belo Horizonte: AIDE, 1ª ed., p. 57, 1991; Eurico de Andrade Azevedo, RDI nº 11, p. 66, 1983

⁹ RT 659/106; 660/132; e, 706/161 Indicada na nota de rodapé 583

¹⁰ Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 1997, p. 313

¹¹ Entenda-se como condomínio, e não loteamento fechado, ante as diferenças demonstradas

exercício do direito constitucional de ir e vir nos bens públicos. Mais, isso viola, insofismavelmente, o direito constitucional de intimidade para adentrar nestes loteamentos fechados sem ser proprietário, declinando “*aonde vai*”, ou da reserva legal, que impede a obrigação de identificação para um particular.

Ainda, tem-se evidente forma de discriminação nestes empreendimentos, direito constitucional que não pode e nem deve ser violado, pois segrega uma parte da população de usar e fruir de bens públicos.

Não se trata o loteamento em condomínio de uma figura jurídica, embora vulgarmente tenha para muitos o mesmo significado, mas há uma enorme diferença entre um loteamento e um condomínio¹².

Com efeito, olvidam-se os defensores desta espécie atípica de empreendimento que a aprovação do loteamento não prescinde da existência de uma gleba de terra que é subdividida “*em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes*”¹³. E cujas “*áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público*”¹⁴, devem ter no mínimo 35% da gleba¹⁵, e que com o registro do loteamento estas áreas passam automaticamente a integrar o domínio público do município¹⁶, com a afetação das mesmas aos interesses constantes no projeto aprovado, independentemente de qualquer ato jurídico civil ou administrativo¹⁷. Principalmente porque “*as vias do loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas e harmonizar-se com a topografia local*”¹⁸, formando-se “*um novo bairro residencial da cidade, um patrimônio da coletividade*”, não apenas de uma casta da população, portanto, de interesse comum¹⁹.

¹² Marcelo Ferreira de Souza Netto, “*Da Proibição de Fechamento de Loteamento*”, op. cit., p. 237

¹³ Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 6766/79

¹⁴ Artigo 4º, I, da mesma Lei

¹⁵ Mesmo artigo 4º, § 1º

¹⁶ Artigo 22, da referida Lei

¹⁷ “*Loteamento – Áreas destinadas a vias e logradouros públicos – Aprovação do arruamento – Transferência automática para o domínio público – Alcance da teoria do concurso voluntário – Recurso provido*” (Relator Cezar Peluso, Apelação Cível nº 117.013-1, São Paulo, 28.11.1989)

¹⁸ Artigo 4º, IV, da Lei nº 6766/79

¹⁹ Parecer de José Carlos de Freitas, São Paulo: RT 750, p. 151

Parece claro e cristalino que ao transferir estas áreas ao domínio público qualquer cidadão pode utilizar as mesmas, independente de autorização, mormente, de um particular, ante o disposto no artigo 68 do Código Civil vigente.

A alegada permissão municipal para uso de bens públicos por particulares, que a maioria destes empreendimentos afirma possuir para “*legitimar*” o fechamento dos loteamentos, não tem nenhum valor jurídico a inibir o direito de uso geral dos bens públicos, é, na realidade, inconstitucional. Isso porque, primeiro, é notório que a competência para legislar sobre o tema é exclusiva da União²⁰, segundo, a permissão de uso ou de direito real de uso das áreas públicas não encontra supedâneo legal.

Ao contrário, “*Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo*”²¹, e é proibida “*a alteração de destinação dos espaços de uso comum, das vias e praças, das áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos desde a data em que o projeto de loteamento for aprovado*”²².

Terceiro, o fechamento atenta contra a cidadania e a dignidade da pessoa humana, privilegiando alguns em detrimento de outros, o que vai de encontro à função social da propriedade, entendida essa também como a do município²³, além de ofensa ao princípio administrativo da supremacia do interesse público ou coletivo sobre o privado.

O alegado artigo 7º, combinado com o artigo 3º, ambos do Decreto-lei nº 271/67, que se utilizam os municípios para autorizar o absurdo fechamento dos loteamentos está abrogado pela Lei nº 6766/79, bem como, por não ser o então referido artigo 3º auto-aplicável, consoante o parágrafo primeiro, que jamais teve regulamentação.

A Lei nº 8666/93, artigo 17, § 2º, utilizado como embasamento legal, também não pode ser considerado, eis que esta Lei, que disciplina as Licitações, no referido artigo e

²⁰ Artigo 22, I, da Constituição Federal

²¹ Artigo 22, da Lei nº 6766/79

²² Artigo 17, da mesma Lei

²³ José Afonso da Silva, Direito Urbanístico Brasileiro, op. cit., p. 248, demonstra de forma clara que as áreas de lazer e recreação, entenda-se como jardins, parques, praças e áreas verdes, são funções urbanísticas do município, de uso comum do povo, sem distinção.

parágrafo, permite à Administração “conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública”²⁴.

Evidente, portanto, que as áreas públicas, obrigatoriamente doadas no momento da aprovação do loteamento, não podem retornar a um particular sob a forma de concessão de direito real de uso²⁵, mormente por diminuírem, no caso das ruas de entrada e saída do bairro, as possibilidades dos demais cidadãos não moradores daquele bairro, de atravessarem de um local ao outro, sem sobrecarregar o fluxo de trânsito em outras vias²⁶.

Nos loteamentos transformados em passe de mágica em condomínios, por meio de esdrúxula denominação “loteamento fechado” ou “loteamento em condomínio”, ainda que com ilegal autorização municipal para uso das áreas públicas, não se tem as características marcantes do condomínio na forma da lei, anteriormente estudadas, por não terem os proprietários dos lotes a obrigação de construir e nem são co-proprietários das áreas comuns, que, aliás, não existem nesta forma de empreendimento.

Aliás, esses ilegais pseudos-condomínios, além de perturbarem o direito de ir e vir dos cidadãos não seus moradores, usam e tratam as ruas, praças e jardins como áreas comuns, impedindo quem não é proprietário de utilizá-las, o que, além de absurdo, é evidentemente ilegal, sem se olvidar que exigir a identificação de não proprietários para adentrar àqueles pseudo-condomínios, representa uma ofensa a dispositivo constitucional, qual seja, de que todos são honestos, até prova em contrário.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu em Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei, que não pode haver a alteração das áreas institucionais, sem a devida desafetação e, pior destinando-as a poucas pessoas, privilegiadas²⁷.

²⁴ Grifos e negritos não existentes no dispositivo legal

²⁵ Não é passível nem mesmo de usucapião as áreas doadas à municipalidade, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL. LOTEAMENTO. AREAS LIVRES. USUCAPIÃO. SÃO INSUSCEPTIVEIS DE USUCAPIÃO AS AREAS LIVRES, DESTINADAS AO USO COMUM DO POVO, CONSTANTES DE LOTEAMENTOS APROVADOS PELA MUNICIPALIDADE, QUANDO SE DA O CONCURSO DE VONTADES ENTRE O LOTEADOR E A COMUNA, PARA DESTINAÇÃO DESSAS AREAS AO CONDOMINIO PUBLICO.” (STJ-3ª T. – Relator Ministro Dias Trindade - REsp. 6998 - j. 28.5.1991 - DJ 30.9.1991)

²⁶ Marcelo Ferreira de Souza Netto, “Da Proibição de Fechamento de Loteamento”, op. cit., p. 241

²⁷ ADIn nº 87.654-0/00, de Relatoria do Desembargador Ernani Paiva, julgado em 30 de abril de 2003, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – Loteamento de forma fechada – Adoção para loteamento já existente – Impossibilidade – Transgressão à regra do artigo 180, VII, da Constituição Estadual.

Luiz Roldão de Freitas Gomes²⁸, ao tratar do tema condomínio edilício, afirma ser “*um condomínio que se constitui, objetivamente, como resultado do ato de edificação, sendo, por tais motivos, denominado ‘edilício’*”.

Mais, o empreendimento loteamento, ao contrário do empreendimento condomínio, não é extinto pelas causas que levam à extinção do condomínio.

Diz-se esdrúxula as denominações utilizadas pelos defensores deste atípico empreendimento pelo fato de não ser possível a simbiose de tão diversos institutos jurídicos.

Aliás, ressalte-se que a ausência de qualquer um dos requisitos de instituição do condomínio implica sua não caracterização, como vem determinando a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo durante as correições realizadas nos Registros Imobiliários²⁹.

Destaca-se, aliás, do Termo de Visita Correcional, feito na Comarca de Jundiaí, no Segundo Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos, em 07 de agosto de 2000³⁰, a análise dos condomínios e incorporações registrados naquele Serviço de Registro, com o bloqueio de algumas matrículas em que o empreendimento, apesar de registrado como condomínio, tinha uma pequena construção aprovada, mas com previsão na convenção condominial da faculdade assegurada do adquirente para “*ampliação ou substituição do projeto de residência, no que colide com a já citada lei*” nº 4591/64. Ou seja, a Corregedoria inibe as tentativas de burla à lei, no caso, do regime condominial, e muito mais o fechamento irregular e ilegal de loteamento. Neste sentido, o direito português, que tem o instituto jurídico do condomínio regrado nos artigos 1414º a 1438º do Código Civil³¹, onde recebe o nome de propriedade horizontal, e determina que a falta de algum de seus requisitos importa na nulidade do título constitutivo da

‘*Considera-se ofensiva 180, VII, da Constituição Estadual, dispositivo de lei municipal que autoriza a formação de loteamento fechado para o loteamento já existente, de modo que possa ocorrer o desvirtuamento das funções das áreas verdes ou institucionais especificadas no projeto original do loteamento*’”. No mesmo sentido, ADIn nº 68.759-0/00, do mesmo Órgão e Tribunal.

²⁸ Citando Miguel Reale, “*Notas sobre o ‘Direito das Coisas’ no Projeto do Código Civil*”, op. cit., p.60

²⁹ Processos 1536/96 e 1015/99, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, mencionados por Kioitsi Chicuta, op. cit., p. 140

³⁰ Por determinação do então Corregedor Geral de Justiça, Desembargador Luís de Macedo, a correição foi efetivada pelos senhores Antonio Carlos Morais Pucci, Eduardo Moretzsohn de Castro, Luís Paulo Aliende Ribeiro, Marcelo Fortes Barbosa Filho e Mário Antonio Silveira, juízes da Corregedoria Geral.

³¹ O Artigo 1415º define bem o que é uma propriedade em condomínio (“*Só podem ser objecto de propriedade horizontal as frações autônomas que, além de constituírem unidades independentes, sejam distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública*”).

propriedade horizontal³², com a sujeição do prédio ao regime da compropriedade, nosso conhecido condomínio tradicional.

Assim, passando-se às limitações, verifica-se que o proprietário em tais empreendimentos, embora tenha seu imóvel como uma propriedade plena, conforme, inclusive, consta no Registro Imobiliário - eis que não há nada nesse que aponte para existência de condomínio edilício ou em comunhão - sofre restrições no seu direito de titular.

Essas restrições não são aquelas que o loteador pode instituir, registrando-as para conhecimento geral, mas as impostas por assembléias de alguns proprietários de imóveis nesses empreendimentos e que, “*lege ferenda*”, obrigam a todos os titulares, ainda que não tenham participado das assembléias.

Tem-se, assim, a imposição de pagamento de despesas ditas condominiais que englobam despesas que são de competência do município, e pelas quais já pagam IPTU, sob o título de despesas da “*associação*”³³.

Neste aspecto, aliás, há o fato de tais cobranças de contribuições nestes pseudo-condomínios poderem representar uma futura penhora indevida do bem, sob a assertiva de se tratar de obrigação real, que não se sujeita à impenhorabilidade do bem de família.

Felizmente existem decisões acertadas vedando a cobrança destas indevidas contribuições, dada a abusividade e inconstitucionalidade³⁴.

Com isso, além das restrições inerentes às obrigações que não existem para a propriedade que não seja em comunhão ou em condomínio edilício, vários dos objetivos

³² Podendo a nulidade ser invocada, inclusive, pelo Ministério Público (“1. A falta de requisitos legalmente exigidos importa a nulidade do título constitutivo da propriedade horizontal e a sujeição do prédio ao regime da compropriedade, pela atribuição a cada consorte da quota que lhe tiver sido fixada nos termos do artigo 1418º ou, na falta de fixação, da quota correspondente ao valor relativo da sua fracção. 2. Têm legitimidade para argüir a nulidade do título os condôminos, e também o Ministério Público sobre participação da entidade pública a quem caiba a aprovação ou fiscalização das construções”).

³³ O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de o proprietário se desligar desta associação: “CIVIL E PROCESSUAL. ASSOCIAÇÃO CONSTITUÍDA POR MORADORES PARA DEFESA DE DIREITOS E PRESERVAÇÃO DE INTERESSES COMUNS. PREVISÃO DE DESLIGAMENTO. EFETIVAÇÃO DO PEDIDO. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES ULTERIORES AO PERÍODO DE CARÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. I. A existência de mera associação congregando moradores com o objetivo de defesa e preservação de interesses comuns em área habitacional não possui o caráter de condomínio, pelo que é possível ao associado o seu desligamento, formalmente manifestado, inclusive porque previsto no Estatuto da entidade, cumprido o período de carência e pagas as cotas respectivas, vencidas até então. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido.” (STJ-4ª T. - RESP 588533 - j. 28.9.2004 - DJ 28.11.2005) (LexSTJ 196/76)

³⁴ Apelação Cível nº 7.847/96-RJ; STJ, AI nº 64.698-0-RJ, DJ 01.07.1996, p. 24.278

fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto em nossa Carta Magna, no artigo 3º, são desrespeitados.

Estranho que a Constituição Federal imponha uma função social à propriedade, mas ainda sejam permitidos empreendimentos desta espécie, que impedem uma sociedade justa, artigo 3º, inciso I, da Carta Magna.

A redução das desigualdades sociais não existirá, também, enquanto parte da sociedade não puder nem mesmo utilizar livremente os bens públicos, mesmo artigo 3º, III, da mesma Carta. E, finalmente, inegável discriminação há entre as classes sociais proprietárias de imóveis nestes atípicos empreendimentos e os não proprietários, mormente, os mais humildes, que por medo ou vergonha não enfrentam imediatamente as ilegalidades cometidas a mando dos proprietários dos atípicos empreendimentos.

Observa-se, assim, que as restrições atingem muito mais que os poderes inerentes à propriedade, embora os direitos de uso e de fruição dos titulares de imóveis nestes empreendimentos, igualmente, sofram algumas limitações, impostas pelas “*convenções*” aprovadas nas mencionadas “*assembleias*”.

A disposição, entretanto, não apresenta nenhuma limitação nestes empreendimentos, podendo o seu titular dispor livremente, como em qualquer propriedade plena que não seja em comunhão ou condomínio.

Não se trata, entretanto, de limitações impostas pelo instituidor desses empreendimentos, no momento da instituição, com o registro das mesmas no corpo do ato que cria o empreendimento.

Nessa hipótese, as imposições do instituidor, devidamente registradas na matrícula do imóvel, importam, na realidade, de restrições, na acepção da palavra, utilizada por Pontes de Miranda³⁵. Essas são, assim, legais, ao contrário daquelas.

³⁵ Criadas pelo titular da propriedade, não as limitações da lei. “*Limitação de poder*” ocorre “*quando algum bem não tem certo elemento do conteúdo do direito de propriedade, no tocante a poder, em virtude da simples incidência de regra jurídica. Restrição de poder ocorre se tal eliminação do poder é negocial*”, op. cit., Tomo XIV, p. 83. José de Oliveira Ascensão, entretanto, usa indiscriminadamente o termo limitação e restrição (“*Direito Civil Reais*”, op. cit., pp. 204/205)

3. Notas Conclusivas

O que se observa no referido projeto de lei aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, em uma análise profunda, é que as limitações e cobranças por parte das associações de moradores em loteamento são válidas para os novos loteamentos, que forem aprovados pela municipalidade com base em lei local ou estadual, o que, em tese, afasta a limitação e cobrança de quem é titular de um imóvel em loteamento aprovado anteriormente à sanção de referido projeto de lei.

Evidente que nestes casos, nenhuma inconstitucionalidade há a ser questionada, conforme adrede mencionado, eis que o adquirente de um imóvel em tal situação terá ciência das eventuais limitações e possibilidade de cobrança.

Entretanto, se observarmos melhor o texto de mencionado projeto de lei, vamos constatar a possibilidade de um antigo loteamento ser “*adotado*” por uma associação de moradores, desde que “*tenha sido licenciado ou implantado na forma de loteamento fechado, com base em lei estadual ou municipal, até a data da entrada em vigor desta Lei, desde que sua implantação tenha respeitado os termos da licença concedida*”

Neste caso há uma inconstitucionalidade insofismável, eis que o proprietário de um imóvel em um loteamento antigo, adquirido sem qualquer limitação ou possibilidade de cobranças, terá o seu direito de propriedade, perfeito e acabado ofendido com uma nova lei, ferindo, assim, o direito adquirido protegido pela Carta Magna.

Mais, embora esse projeto de lei mencione que os equipamentos comunitários dotados em loteamentos com acesso controlado devem ser franqueados à população, o direito de uso do bem público, bem como o direito de ir e vir em locais públicos será inegavelmente dificultado, senão vedado, dentro desses loteamentos, como se constata na prática nos existentes. Isso porque, as pessoas que controlam o acesso a esses loteamentos arvoram-se em autoridade para impedir ou dificultar o acesso, o que importa em ofensa ao direito constitucional de ir e vir. Não se olvidando que o simples fato de ter que se identificar para esse acesso, enquanto os moradores não precisam fazê-lo, por si só já representa uma ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Daí a inconstitucionalidade sob essa ótica.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal está para julgar em repercussão geral a questão, exatamente pela inconstitucionalidade das cobranças por parte destas associações de moradores, conforme se observa no Agravo de Instrumento nº 745.831/SP.

Portanto, ainda que aprovada e sancionada a lei que mencionado projeto trata, em parte a mesma será inconstitucional, pois não poderá ser aplicada às situações em que o empreendimento não tinha essa limitação e previsão de cobrança.

Referências:

ARAÚJO, Mauro Alves de. *A Mitigação do Absolutismo no Direito de Propriedade Imobiliária*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Reais*. 5. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 11, 1983.

CHICUTA, Kioitsi. Condomínio Edifício – aspectos relevantes – aplicação do novo Código Civil, Coordenação Francisco Antonio Casconi e José Roberto Neves Amorim, 2ª ed., São Paulo: Editora Método, 2006

FREITAS, José Carlos de. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 750.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Loteamento Fechado, Direito de Construir*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 3. ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

PUGLIESE, Roberto J.. “Time Sharing, Flat Service, Apart Hotel, Shopping Center, Condomínios e Loteamentos Fechados – Expressões Modernas do Direito de Propriedade”, São Paulo: Revista dos Tribunais nº 733, novembro de 1996.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997

SOUZA NETTO, Marcelo Ferreira de. “Temas de Direito Urbanístico”, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo, Ministério Público/Imprensa Oficial, São Paulo, 1999



VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*, Belo Horizonte: AIDE, 1991

Jurisprudência

Revistas dos Tribunais volumes nº 627/207; 659/106; 660/132; 706/161
LexSTJ 196/76.

"O Estado de São Paulo" de 22 de maio de 1995, caderno "cidades", p. C4 e C5

SUSTENTABILIDADE, INTERESSE PÚBLICO E JUDICIALIZAÇÃO DE AÇÕES POLÍTICAS: O CASO USINA DE BELO MONTE¹

*Tarcísio Germano de Lemos Filho*²
*Roberto Epifanio Tomaz*³

Resumo

Em um país que busca se projetar no cenário internacional e que pretende, com isso, interagir em um contexto globalizado, as ações públicas voltadas à implantação de infraestrutura compatível com o desenvolvimento econômico pretendido necessitam adequar-se a exigências que avançam além da prática administrativa tradicional. Concorrem, nessas circunstâncias, fatores que delimitam a atividade estatal, em favor de interesses difusos e que ultrapassam, em muitos casos, os próprios limites da soberania interna. Em função disso, tem-se mostrado constante a submissão de tais iniciativas à análise judicial, o que provoca o debate sobre a natureza do interesse que se afigura efetivamente relevante, polarizando a ordem pública e as garantias individuais. O presente estudo busca abordar, ainda que de forma sucinta, em que medida o interesse público tem sido utilizado na argumentação jurídica sobre políticas públicas. O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo; no tratamento dos dados, foi o cartesiano, e no relato dos resultados que se encontra no presente artigo, a base lógica é, também, indutiva, a abordagem é descritiva, com aportes analíticos e prescritivos.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Jurisdição. Argumentação Jurídica. Interesse Público

¹ Artigo escrito como requisito final de participação dos Seminários “*Los Programas de Acción em Materia Ambiental y otros Instrumentos de Planificación*” e “*Argumentación Jurídica*” sob a direção dos Professores Doutores Gabriel Real Ferrer e Manuel Atienza, respectivamente, na Universidad de Alicante, em Alicante, Espanha, em convênio com o Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI, Universidade de Vale do Itajaí.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professor de Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito pela Unianchieta, Jundiaí-SP, Mestre em Direito Processual Civil pela PUCCAMP, advogado, E-mail: tarcisio@germanodelemos.com.br.

³ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professor de Direito Empresarial dos cursos de graduação e pós-graduação (*lato sensu*) em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, onde também coordena os cursos de pós-graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho, advogado, E-mail: tomaz@univali.br.

Abstract

In a country that seeks to project the international scene and you want to with it, interact in a globalized context, aimed at implementation of infrastructure compatible with the desired economic development, publicactions need to adaptto requirements that move beyond the traditional administrative practice. Compete in such circumstances, factors that limit the state activity in favor of diffuse interests beyond and, in many cases, the very limits of internal sovereignty. As a result, it has shownsteady submission of such in it iativesto judicial review, which provokes debate about the nature of the interest that seems relevant effectively, polarizing public order and individual rights. This study seeks to address, albeitbriefly, to what extent the public interest has been used in legal arguments about public policy. The method used for the research was inductive; treatment data, was the Cartesian, and the reporting of results found in this article, the rational is also inductive, approach is descriptive, analytical and with contributions prescriptive.

Keywords: Sustainability. Jurisdiction. Legal Argument. Public Interest.

1. Introdução

A adoção de políticas públicas que se mostrem consistentes e afinadas diretamente com a ordem constitucional, exige do administrador a observância constante de parâmetros que, além de assegurarem o bem estar da coletividade, permitam padrões de desenvolvimento econômico e social que não coloquem em risco direitos fundamentais e a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Não raro se observa que as diversas formas de manifestação da autoridade estatal, dentro do contexto organizacional representado pelos *Poderes da República*, atuam com linguagens e significados diferentes e contrapostos, quando deveriam interagir na consecução do mesmo fim comum. Leis são promulgadas em desacordo com a arquitetura constitucional, ações administrativas se efetivam sem que a respectiva motivação encontre respaldo no aparato normativo e a correção desses rumos, de competência jurisdicional, muitas vezes acaba desaguando em critérios em que o interesse coletivo não se mostra objetivamente demonstrado

Cria-se, portanto, um antagonismo entre os diversos canais pelos quais o poder estatal se manifesta, em desfavor da harmonia esperada das iniciativas voltadas à promoção do desenvolvimento fundado em perspectivas de proteção das condições mínimas que José Afonso da Silva aponta como voltadas a “assegurar a existência digna, livre e igual de todos os seres humanos”⁴.

Essa dissonância interna do próprio poder, que a proposta clássica da estrutura estatal pretendia estabilizar dentro do sistema de *pesos e contrapesos* a que aludiu Montesquieu⁵ só pode ser solucionada a partir do instante em que se define, com a necessária consistência, em que medida o interesse público deve prevalecer sobre o particular, justamente para assegurá-lo, não para eliminá-lo.

Duas questões surgem, a partir daí: a consistência das chamadas *políticas públicas* e a sua relação com o que se denominou de *sustentabilidade*, enquanto resultado de um plano de *desenvolvimento sustentável*. Diante disso, a tarefa completa consistiria em estabelecer o perfil das decisões, adotadas em qualquer nível do Estado politicamente organizado, que se vejam apoiadas em motivações que compreendam, efetivamente, princípios direcionadores de direitos individuais, coletivos e sociais.

Os limites de um artigo científico não nos permite, entretanto, avançar a investigação além de um caso emblemático, tomado por paradigma em face da sua relevância transnacional, a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, autorizando o prosseguimento das obras da usina de Belo Monte, onde o interesse público é particularmente enfocado nas razões de decidir.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo⁶, no tratamento dos dados foi o cartesiano⁷, e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 182.

⁵ Canotilho registra que “órgãos constitucionais de soberania são aqueles: (1) cujo “status” e competências são imediata e fundamentalmente constituídos pela constituição; (2) que dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controle em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (13ª reimpressão). Coimbra: Almedina, p. 564.

⁶ O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]*”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

As técnicas empregadas foram a do referente⁸, da categoria⁹, do conceito operacional¹⁰ e da pesquisa bibliográfica¹¹ e documental, esta última, pelo fichamento e pela via eletrônica.

2. Políticas públicas, sustentabilidade e normatização

Propósitos desenvolvimentistas reclamam uma agenda que inclua, como questão de primeira relevância, a definição programática dos objetivos a serem alcançados e os meios que irão permitir a sua implementação, em especial o impacto a partir daí provocado em setores como a economia, meio ambiente e social. Além disso, o escopo político deve aliar-se a previsões normativas que forneçam o amparo jurídico adequado às ações a serem efetivadas, permitindo a sua legitimação face ao bem comum visado, posto que “o Direito vem adquirir uma grande importância nesse quadro, na medida em que determina ações e omissões do Estado no que tange à relação deste com a natureza”, da mesma forma que “também se liga amplamente à regulação da atuação privada no meio ambiente, limitando e ordenando a fruição econômica de recursos naturais¹²”.

Barbara Dias¹³, ao discorrer sobre o tema, sublinha que “as políticas públicas supõem a mobilização de recursos para alcançar resultados ou produtos da ação pública”, pelo que “necessitam de um programa, não se reduzem a uma ação pública isolada mas a um conjunto de ações, mais ou menos coerentes entre si, cujos objetivos se reúnem para alcançar o mesmo

⁷ O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras “[...] 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor.” PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 204. Categorias grifadas em maiúscula no original.

⁸ Denomina-se referente “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 54. Grifos no original.

⁹ Entende-se por categoria a “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 25. Grifos no original.

¹⁰ Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 198.

¹¹ Pesquisa bibliográfica é a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 207.

¹² TUPIASSU-MELIN, Lise. Desenvolvimento econômico sustentável e tributação ambiental. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coord.). *Direitos fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. São Paulo: Método, 2010. p108.

¹³ DIAS, Bárbara. Teoria das políticas públicas. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coord.). Op. cit., p. 176.

resultado final”. Bem por isso, demonstra que “cada política pública é portadora de interesses, de valores e de visões particulares do que é o papel dos governantes e do Estado, da responsabilidade que eles devem assumir e da legitimidade da intervenção destes num setor específico da vida em sociedade”.

Em um contexto socioeconômico desenvolvimentista, a crise surge, portanto, a partir do confronto entre a visão pessoal do governante e a sua conformação com a legitimidade desse conjunto de ações que, justamente por presumirem-se coerentes e entrelaçadas, exigem um diálogo ajustado entre norma, execução e controle jurisdicional, especialmente quando este último for invocado para dar equilíbrio às duas primeiras¹⁴. Esse diálogo estatal interno é que levará, portanto, à legitimação das ações políticas, na medida em que a preservação do Patrimônio Social é que consagra a fidelidade entre Bem Comum e as peculiaridades sociais, políticas, econômicas, culturais e físicas da população.

Nessa linha, Pasold¹⁵ registra que “as formas de compreender o ser humano e a vida, os valores, as crenças, as informações, as relações de Poder, a formalização dos aspectos básicos das relações humanas através de normas jurídicas, são componentes de uma dinâmica que constrói o Patrimônio Social de um grupo humano considerado e que, nesta condição, pode determinar e responder aos propósitos desse grupo”. Isso conduz à legitimação pretendida das políticas públicas, posto que, segundo o mesmo autor, a sua composição, que inclui cultura, tradição, caráter, anseios, “deve ser resultado de uma construção histórica, e ainda que vulnerável na sua composição estrutural e de significado, é capaz de se consolidar e, principalmente, é competente para legitimar a noção de Bem Comum e as ações dirigidas em favor deste, pelo Estado”.

Sob outro aspecto, surge o requisito da sustentabilidade como segundo ingrediente a ser considerado na legitimação dessas propostas, permitindo-se que o equilíbrio entre ossubsistemas econômico, jurídico e ambiental seja conquistado de forma efetiva, sem o comprometimento de qualquer um deles e com o resguardo do interesse das gerações futuras.

¹⁴ Barbara Dias, aliás, adverte para o fato de que “a atividade de regulação, como uma das características das novas modalidades de intervencionismo estatal, tem, em última análise, impacto no que tange à redefinição das relações entre os poderes, sobretudo transformando o papel do Legislativo pela centralidade que esta arena passa a ocupar, não tanto pela iniciativa de políticas, mas como um dos canais de acesso privilegiado à sociedade civil organizada”. DIAS, Bárbara. Teoria das políticas públicas. Op. cit. p. 203

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. Dados eletrônicos. 4ª ed. revista e ampliada. Itajaí: Univali, 2013, pp28-29. Disponível em: www.univali.br/ppcj/e-book. Acesso em 3 de agosto de 2014.

Tem-se, a partir dessa perspectiva, que propostas desenvolvimentistas não poderão abdicar de um diálogo sistêmico ou privilegiarem o aspecto puramente econômico em desfavor do social¹⁶. Daí a advertência de Clóvis Cavalcanti¹⁷, no sentido de que “existe uma combinação suportável de recursos para a realização do processo econômico, a qual pressupõe que os ecossistemas operam dentro de uma amplitude capaz de conciliar condições econômicas e sociais”, ou seja, “a lógica do desenvolvimento da economia não pode entrar em conflito com a que governa a evolução da biosfera”.

A sustentabilidade, portanto, opera como fim visado mediante a adoção de práticas consistentes na preservação do bem estar coletivo, posto que o processo desenvolvimentista não pode vir isolado em relação às demais demandas sociais por uma existência digna, já que “apobrecimento também é insustentável, a exclusão social também é insustentável, assim como a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica¹⁸” Disso resulta a conclusão bem posta por Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Juliete Ruana Mafra, com base em Gabriel Real Ferrer, de que “a sustentabilidade compreende não somente na relação entre econômico e ambiental, mas do equilíbrio humano frente às demais problemáticas”¹⁹.

Assegurar tais perspectivas é papel de primeira ordem no contexto constitucional, em que a qualidade do meio ambiente, disposta no artigo 225, ganha destaque como decorrência do próprio direito fundamental à vida e que, no dizer de José Afonso da Silva²⁰, assume um valor preponderante em relação a outros bens juridicamente protegidos dissertando que:

¹⁶ Paulo Cruz e Zenildo Bodnar mostram que “um conceito integral de sustentabilidade surge em 2002, na Rio+10, realizada em Jonesburgo, quando restaram consagradas, além da dimensão global, as perspectivas: ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado em sua forma ampla”. BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 7 de agosto de 2014

¹⁷ CAVALCANTI, Clóvis. *Desenvolvimento e natureza: Estudos para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 17.

¹⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira; SOUZA (coord.). *Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. Dados eletrônicos. Itajaí: Univali, 2014. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/eboo>. Acesso em 7 de agosto de 2014.

¹⁹ *Ibidem*, p.14

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 818.

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada.

Face ao grau de importância emprestado ao meio ambiente pelo texto constitucional²¹ e à sua interação com os demais veios socioeconômicos, tem-se que a definição dada ao tema pelo constituinte originário, produziu, no dizer de Canotilho²², “um fim e uma tarefa do Estado e de toda a sociedade”, construindo, com isso, “um verdadeiro Estado constitucional ecológico”.

3. O interesse público e os direitos fundamentais

As perspectivas criadas pelo Estado Constitucional de Direito conduzem a um repensar sobre o verdadeiro significado do interesse público, a partir de suas relações com os direitos fundamentais, de modo a coexistência entre eles seja assegurada com base em padrões que não sacrifiquem os interesses do cidadão em favor exclusivamente das metas administrativas e, por assim ditas, catalizadoras das aspirações interindividuais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²³, o “interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem* ”. O mesmo autor, contudo, acrescenta:

[...] na medida em que se fica com a noção um tanto obscura de que transcende os interesses próprios de cada um, sem se aprofundar a postura deste interesse tão amplo, acentua-se um falso antagonismo

²¹ Encontram-se, no texto constitucional, diversas referências ao meio ambiente, como no artigo 5º., LXXII, que cuida da ação popular para a defesa do meio ambiente, artigo 23, VI e VII (competência político-administrativa), 24, VI, VII e VIII (competência legislativa), artigo 129, III (legitimidade do Ministério Público) e artigo 170, VI (defesa do meio ambiente como um dos princípios da atividade econômica), dentre outros.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional e democracia sustentada. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, Ano IV, n.8, dez 2001, pp.9-16.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.51

entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que trata de um interesse a *se stante*, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo.

[...]

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõe. Deveras, corresponderia ao mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse o anti-interesse e cada um.

Em complemento a esse conceito, registra Marçal Justen Filho²⁴ que o interesse público abarca uma questão ética e não técnica, posto que o “núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais”, já que o Estado somente está legitimado a agir para a consecução do bem comum. A partir daí, vozes díspares se levantam contra e a favor da existência de um princípio que se mostre absoluto em relação a outros de mesma relevância, residindo o confronto doutrinário entre assegurar a liberdade individual ao mesmo tempo em que se propicia a prevalência da vontade estatal como garantia da consecução do interesse público.

No entender de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵, a supremacia do interesse público não vulnera os direitos fundamentais, na medida em que “veio para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais. Pelo contrário, paralelamente a esse princípio, nasceram os direitos sociais e econômicos”.

De outra banda, adverte-se sobre a inviabilidade de se admitir, em um regime constitucionalista, que o coletivo possa sobrepor-se ao individual, sem a necessária ponderação e maleabilidade dos princípios em jogo, colocando-se o princípio da proporcionalidade como elemento balizador da prevalência, *a priori*, do interesse público sobre o privado.

Em análise do tema, Gustavo Binimbojm²⁶ mostra que o interesse público implica a observância dos direitos individuais, ao mesmo tempo em que, estando a isonomia consagrada

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43-44.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência dos ideais do Neoliberalismo. In: *Supremacia do Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

²⁶ BINEMBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses*

constitucionalmente, as diferenciações entre Administração e particulares deve ser marcada por lei, inclusive porque “uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre os outros não pode ser qualificado como princípio”.

Daí a necessidade, tantas vezes apontada, de se fazer a devida equação que permita distinguir a chamada “supremacia do interesse público” da mera arbitrariedade. Como observa Augustín Gordillo, “essas atitudes não costumam ser defendidas; ninguém diz abertamente que o Estado é tudo e o indivíduo nada; ninguém pensa assim, seriamente; inclusive é possível que se expresse com veemência sobre os abusos dos poderes públicos e o respeito às garantias individuais”²⁷.

Bem por isso, não há um único parâmetro que torne inconciliável o interesse público com o respeito a direitos fundamentais, onde a igualdade se mostra insuperável e incapaz de ceder a qualquer outro princípio da mesma ordem. Luis Roberto Barroso²⁸, ao debruçar-se sobre o conflito entre interesse público e direitos fundamentais, traça as seguintes possibilidades de confronto: a) interesse público primário x interesse particular não protegido por norma fundamental; b) interesse público secundário x interesse particular; c) “interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva” x “interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental”. Em vista disso, conclui:

Em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada.

Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.157e 168.

²⁷ GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 50.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. p. XIV-XVI.

Nessa linha é que adverte Raquel Cavalcanti Ramos Machado²⁹ quanto à supremacia do interesse público em conflito com interesses particulares:

Caso se veja essa supremacia como algo oponível aos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, ainda assim não poderá ser invocada como fundamento para que sejam relativizados. Isso porque não é princípio constitucional, assim como o entende a nova hermenêutica constitucional, pois para ser princípio precisa ser ponderável, e, para tanto não pode, a priori, estabelecer a supremacia de um valor sobre outro, no caso a supremacia da dimensão pública sobre a individual dos direitos e garantias.

Interesse público e direitos fundamentais mostram-se indissociáveis já que inviável a convivência de princípios constitucionais em que um deles não se vergue aos demais em qualquer circunstância, pois, como conclui José Sérgio da Silva Cristovam³⁰, em posicionamento que adotamos, “o conceito de interesse público passa, inequivocamente, pela carta de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela teoria da ponderação de interesses, em tudo marcados pelo deslocamento da centralidade do debate jurídico do Estado para a pessoa humana”.

4. Interesse público em juízo: o caso belo monte

O interesse público, quando enfrentado em juízo, aparece muitas vezes como objeto de argumentação sem grandes envolvimento teóricos que lhe confirmem a esperada estrutura científica, nada obstante desenvolva-se como um tema-chave capaz de superar qualquer outro obstáculo que possa se colocar na polarização entre os interesses da administração e os do particular.

Ao lado disso, em se tratando de questão envolvendo sustentabilidade, a sua interpretação inevitavelmente irá compreender “o sentido do social, do ambiental, do

²⁹MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte*. Disponível em: http://www.teses.ufc.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4135 p. 145. Acesso em 20 de junho de 2014.

³⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito. *Revista da Esmesc*. Florianópolis, v. 20. N. 26, 2013, p.243, Disponível em: <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/78/71>. Acesso em 10 de Agosto de 2014.

econômico e do tecnológico”³¹, pois de outro modo não se estará enfrentado o interesse público primário em sua concepção mais evidente.

Não se pode deixar de lado, como ponto de partida ao enfrentamento dessa matéria, a análise feita por Dworkin em relação ao caso *Tennessee Valley Authority versus Hill*, 437 U.S. , submetido à Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973, diante da interrupção das obras de uma barragem, por determinação do Secretário do Interior, por força de uma lei que lhe dava tal poder, por envolver o perigo de extinção de espécie ameaçada.

A matéria controvertida envolvia a possibilidade do Congresso editar uma nova legislação, revogando a anterior, para permitir que a construção da barragem prosseguisse, mediante dotações orçamentárias específicas, já que a paralisação implicaria a perda de milhões de dólares já retirados dos bolsos do contribuinte americano. O juiz Burger determinou a paralisação das obras, sob o argumento de que não caberia à Corte investir sobre as razões que levaram o legislador a buscar a preservação de um pequeno peixe (snaildarter), ao passo que o juiz Powell assinalou, em seu voto, que “não cabe ao Judiciário retificar políticas ou juízos emanados do Poder Legislativo”. Prevaleceu, no caso, a tese do juiz Burger, que entendeu que a clareza do texto legal não permite ao julgador dar-lhe outro destino, mesmo antevendo resultados improdutivos a partir de sua aplicação.

A análise desse precedente, em que a preservação da espécie, porque resultado do texto legal, se sobrepõe a considerações de ordem meramente econômica como o custo de uma obra, mereceu de Ronald Dworkin³² a observação de que “discurso judicial não é irracional, nem pode estar amparado em argumentações que visam encobrir opções políticas dos juízes”. Acrescenta o autor que a interpretação do cenário jurídico de uma comunidade, nas decisões judiciais, resguardam os princípios que a norteiam, sobretudo no que diz respeito à liberdade.

Esse julgado, que serve constantemente de parâmetro sobre o debate judicial envolvendo o interesse público prevalente a partir da ponderação entre dois valores relevantes, revela a extensão da divergência ou convergência quanto ao entendimento sobre um mesmo tema. Ainda assim, não constituiu, ao menos sob a ótica da ponderação de

³¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Hermenêutica e sustentabilidade*. In *Ensaio sobre o discurso constitucional e da sustentabilidade* [recurso eletrônico]/Alexandre Morais da Rosa, Márcio Ricardo Staffen.-Dados eletrônicos Itajaí:Univali, 2012, p.(Coleção Osvaldo Ferreira de Melo, volume1). In <http://www.univali.br/ppcj/ebook>, acesso em 1 de agosto de 2014.

³² DWORKIN, Ronald, O que é o direito? In: *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, Revisão de Gildo Sá Leitão Rios, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, pp. 3-54.

princípios, modelo para o Supremo Tribunal Federal, no caso específico que adotamos para análise, em que as exigências desenvolvimentistas se colocaram à frente de toda e qualquer argumentação a respeito de valores em jogo.

Tal problemática é estudada com bastante precisão por Eduardo Appio³³, quando enfrenta o conteúdo das manifestações judiciais que se prestam a revisar os atos administrativos e que, em regra, costumam ratificar as decisões advindas do Executivo que implementam políticas econômicas:

No caso brasileiro, a revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário sofre uma crítica mais intensa pela sociedade e pelos membros dos demais Poderes, os quais tendo sido eleitos, sentem-se traídos pelo fato de que a legislação brasileira permite – mais e mais – a revisão de seus atos através do sistema misto de controle de constitucionalidade.

[...]

No caso brasileiro, as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis têm sido conservadoras e não raro privilegiam legitimam uma decisão tomada pelo Executivo, o qual, em muitos casos, apenas executa políticas econômicas ditadas por organizações empresariais estrangeiras.

Deste modo, muito embora a judicialização da política nas demais instâncias desempenhe um papel fundamental para a democracia no país, não raro tais decisões judiciais acabam sendo “atropeladas” por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, defendendo, abertamente, a adoção de súmulas vinculantes como forma de racionalização das decisões judiciais no país.

São os dois lados do processo da judicialização das questões políticas, o qual, com suas virtudes e defeitos tem evoluído e sido legitimado como uma instância de resistência, em alguns casos, do processo de desmantelamento da organização estatal e redução de seus serviços sociais.

O caso Belo Monte é um exemplo bastante evidente sobre a fórmula geralmente adotada no sopesamento de princípios em confronto, quando a “supremacia do interesse público” revela-se com notável intensidade, sem que se preocupe o intérprete em conferir-lhe perfil adequado ou conteúdo suficiente à importância que a ele empresta.

Conforme consta do relatório inserido no acórdão em comento, ajuizou-se ação civil pública, com pedido de liminar, para obstar o processo de licenciamento no IBAMA do empreendimento denominado Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu. Da causa de

³³ APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Revista Sequência*, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, n.º 47, p. 81-97, dez. de 2003.

pedir constou, ainda, a alegação de nulidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, do Congresso Nacional, uma vez que o processo legislativo que culminou com a promulgação do mencionado decreto legislativo estaria eivado de vícios insanáveis, que compreenderiam: 1) violação aos arts. 170, VI e 231, § 3º, da Constituição da República, porque as comunidades afetadas, mormente as indígenas, não teriam sido consultadas; 2) modificação do projeto de decreto legislativo pelo Senado Federal sem o devido retorno à Câmara dos Deputados, o que ofenderia o art. 123 do seu Regimento Interno; 3) ausência de lei complementar, prevista no art. 231, § 6º, da CF, que disponha sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena.

Em primeira instância, o juiz substituto da Vara Federal de Altamira/PA, deferiu a liminar para determinar a suspensão de todo e qualquer ato concernente ao licenciamento ambiental da usina, especialmente as audiências públicas que iriam se realizar. Entretanto, o magistrado titular revogou a liminar, determinando a remoção de qualquer óbice à prática de procedimentos pela Eletrobrás, Eletronorte, União e Ibama, visando o licenciamento ou não da obra, assegurado o poder de polícia.

Em virtude dessa decisão, o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento junto ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região, ao qual foi dado efeito suspensivo, o que levou a União a requerer, perante o Supremo Tribunal Federal a suspensão da liminar³⁴, sustentando, primordialmente a possibilidade de demonstração, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ18.5.2001), da plausibilidade jurídica da tese defendida pela União³⁵, da constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, pelos seguintes motivos:

- 1) Ter sido editado no pleno exercício da competência do Congresso Nacional (art. 49, XVI, da CF) e em termos condicionais, vale dizer, a autorização em tela somente será válida se as conclusões dos estudos forem

³⁴ Pedido feito com base no artigo 25 da Lei 8038/90 e alegação de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, porque ofensivo ao artigo 231§3º da Constituição Federal. O Decreto em questão autorizou o Poder Executivo a construir a Usina de Belo Monte, após Estudo de Impacto Ambiental, Relatório de Impacto Ambiental, Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Xingu e estudo de natureza antropológica, envolvendo as comunidades indígenas locais, a serem ouvidas.

³⁵ A Lei 8.437/92, em seu art. 4º e § 1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar ou de acórdão, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

positivas e o empreendimento receber o devido licenciamento ambiental pelo órgão da União competente para tanto, conforme disposições contidas nos arts. 1º e 2º do citado decreto;

2) Inexistência de violação ao art. 231, § 3º, da Constituição da República, porquanto citado dispositivo não impõe um momento determinado para a oitiva das populações afetadas pelo empreendimento, sendo ainda certo que mencionada consulta depende de estudos prévios de natureza antropológica que indiquem, com certeza, quais as comunidades afetadas; ademais, *“a promulgação prévia deveu-se, acima de tudo, à relevância do projeto, definido pelo Governo Federal como um dos pilares da política energética brasileira”*;

3) A realização posterior da oitiva das populações nativas não lhes acarreta qualquer prejuízo, visto que a autorização está condicionada à conclusão favorável dos estudos de viabilidade;

4) Ocorrência de lesão à ordem pública, aqui entendida no contexto da ordem administrativa em geral e à economia pública, assim fundamentados:

a) o sobrestamento do “Projeto de Aproveitamento Energético de Belo Monte” compromete sobremaneira a política energética do país, instrumento de vital importância para a efetivação das políticas públicas necessárias à satisfação do interesse público, não se tratando de mero empreendimento de empresa pública, pessoa jurídica de direito privado, mas de projeto com enorme repercussão sobre a oferta energética brasileira, com aporte técnico, financeiro e jurídico da União;

b) “o complexo hidrelétrico de Belo Monte afigura-se como empreendimento estratégico para o sistema gerador de energia, pois fará a integração entre bacias hidrográficas com diferentes regimes hidrológicos, resultando em ganho de energia garantida e vital para o Sistema Integrado Nacional de Energia”, além de constituir “a maior bacia hidrelétrica genuinamente brasileira, cuja operação, entre outras vantagens, permitirá a postergação da construção de novas usinas, mitigando os impactos ambientais futuros”

c) caso referido complexo não seja viabilizado, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região, o que implicaria a ampliação da área inundada em quatorze vezes, além de outros efeitos deletérios, relacionados ao impacto ambiental, ao custo e à possibilidade de colapso do Sistema Energético Nacional.

Observa-se, no contexto das razões recursais, que a matéria preponderante é de ordem econômica, subsistindo a invocação da supremacia do interesse público em desfavor de direitos fundamentais, com ênfase na hipotética viabilidade de um impacto ambiental imenso compensar outros, pontuais e não apontados geograficamente, colocando-se a viabilidade técnica como antecedente à oitiva das populações indígenas afetadas, como se o posicionamento delas fosse incapaz de alterar as conclusões da primeira.

Cria-se um cenário de virtual preocupação com o desenvolvimento sustentável, mediante argumentos genéricos e secundários em face da exigência de regulamentação dos

recursos hídricos utilizáveis. A propósito, como alerta José Afonso da Silva³⁶, os direitos indígenas são de ordem pública e, portanto, indisponíveis, revelando-se nulos e sem efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a exploração da riqueza dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado o interesse público da União, conforme o que dispuser lei complementar, na forma do artigo 231 §6º da Constituição

Ao suspender parcialmente a liminar do TRF1, o Supremo Tribunal Federal, no processo SL 125, relatora a Ministra Ellen Gracie, em decisão de 16 de março de 2007, (DJU 29/3/2007) proferindo o chamado “juízo mínimo de delibação” a respeito da questão jurídica trazida na ação principal, entendeu que o acórdão era, efetivamente, atentatório à ordem pública, “no contexto da ordem administrativa e da economia pública”.

Conferindo eficácia ao Decreto-Legislativo, por não ter sido revogado ou suspenso por ação de inconstitucionalidade, a relatora enxergou nele apenas um propósito programático, pelo que considerou ofensiva à ordem administrativa a proibição judicial posta à Administração, que a impediria de tomar as providências nele contidas, muito embora pudesse, em juízo perfunctório, igualmente reconhecer a sua inconstitucionalidade e obstar-lhe os efeitos. Ao contrário disso, teve a questão como matéria de mérito, especialmente quanto à possível violação do artigo 231 §6º da Constituição, que diz respeito à necessidade de lei complementar para possibilitar a utilização de recursos hídricos em áreas indígenas, o que, salvo melhor juízo, seria o ponto central da controvérsia.

Ao deliberar sobre a presença do interesse público, entretanto, a relatora limitou-se a fazer referência a questões de natureza econômica, não adentrando, propriamente, na polarização “interesse público x direito indígena”, ou sobre qualquer outro aspecto relevante pertinente à sustentabilidade:

[...] é também relevante o argumento no sentido de que a não viabilização do empreendimento, presentemente, compromete o planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o

³⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 826 e 832.

impacto ambiental e os vultosos apoios financeiros a serem despendidos pela União³⁷.

Vem o interesse público, nesse caso específico, traduzido em padrões numéricos e firmando-se em projeções sobre novas usinas a serem construídas na região (como se o Xingu fosse a única fonte de recursos hídricos). Da mesma forma, o artigo quarto, parágrafo primeiro da Lei 8437/92, vem interpretado com base em argumentos que, embora incorporem um discurso contendo preocupação ecológica, como o agravamento ambiental advindo de outras inundações pontuais, não enfrentam a viabilidade de utilização de outras fontes de energia, ou que enfoquem, com a desejada consistência, a inter-relação entre o econômico, o jurídico e o ambiental³⁸.

Atienza³⁹, em sua recente obra *Curso de Argumentación Jurídica*, escreve que o ideal regulativo do Estado de Direito é que as boas decisões sejam precisamente as decisões bem argumentadas. Bem por isso, completa que “negar que existam critérios objetivos para a avaliação de um argumento, implicaria também reconhecer que não é possível uma crítica (uma crítica racional, fundada) das decisões judiciais. Assim, se não existissem tais critérios, o único que restaria seria a autoridade, isto é, os juízes não poderiam cometer erros (os juízes dos tribunais superiores, de última instância): suas decisões não seriam apenas últimas, mas também infalíveis”⁴⁰.

Para que essa avaliação fundada tenha lugar, propõe critérios que devem conter, por primeiro, ou seja, *coerência*, produzida diante do sistema jurídico e das normas estabelecidas,

³⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso 28 de julho de 2014. DJU 29/3/2007.

³⁸ “O interesse público (um conceito jurídico indeterminado) não pode ser resumido a uma questão numérica, sob pena de afronta direta e extremamente perigosa ao princípio do Estado democrático de direito. Não se trata de um conceito quantitativo, mas sim qualitativo, devendo ser entendido como o interesse coletivo abstratamente considerado, a partir dos valores consolidados pelo sistema constitucional”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito. *Revista da Esmesc*, Forianópolis, v. 20. N. 26, 2013, p.243. Disponível em: <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/78/71>. Acesso em 10 de Agosto de 2014. p. 238.

³⁹ ATIENZA, Manuel Rodriguez. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 548.

⁴⁰ No original: “...negar que existan criterios objetivos implicaría también reconocer que nos es posible una crítica (una crítica racional, fundada) de las decisiones judiciales, lo cual parece contradecir lo que son nuestras prácticas que, si tuvieran razón los escépticos, simplemente carecerían de sentido. Si (en los casos difíciles) no existen tales criterios, entonces lo único que queda es la autoridad; esto es, los jueces (digamos, los jueces supremos, los que ponen fin a las controversias) no podrían cometer errores; sus decisiones no sólo serían últimas, sino también infalibles”. ATIENZA, Manuel Rodriguez. Op cit. p. 551.

abrangendo a própria narrativa e a experiência acumulada do passado. Além disso, deve incluir a chamada *adequação das consequências*, ou seja, os reflexos que a decisão produzirá em relação ao futuro, servirá para traçar o seu perfil argumentativo, dentre os quais se situa a sua eficiência econômica.

Demonstra Atienza, nessa linha, que “uma decisão judicial justificada (respeitando certos limites marcados pelo Direito) será aquela que mais contribua à maximização da riqueza social, entendida em termos de satisfação de preferência dos indivíduos”⁴¹, permitindo que “os ganhos de alguns sobrepujem as perdas de outros”. Adverte, entretanto, que a eficiência econômica (em que se baseia a análise econômica do Direito) é um critério problemático, pois pode requerer “conhecimentos e informações que muitas vezes os juízes não os tem”⁴².

No caso sob análise, projetam-se as consequências da decisão em bases econômicas que não se sabe consistentes ou mesmo em que medida a relatora efetivamente as dominava, especialmente quando invoca a necessidade de construção de várias outras usinas, com o agravamento da questão ambiental, nada obstante, em termos de coerência, esteja apenas autorizando a análise da viabilidade da obra. Logo, se não se conhece a viabilidade da obra, não se pode, à primeira vista, ditar as consequências de se não autorizar as suas primeiras etapas como forma de se evitar um perigo ambiental maior.

O fato é que, como demonstrado anteriormente, o interesse público, via de regra, é posto em destaque, nas decisões judiciais, sem uma linha argumentativa que o separe ou o faça interagir com direitos constitucionalmente relevantes, fixando-se isoladamente em critérios econômicos, sem considerar que a sustentabilidade apoia-se em outros elementos que se integram e que são indissociáveis, dentre os quais o meio-ambiente eficazmente protegido e o respeito à cultura e valores locais.

Cuida-se, entretanto, de abordagem do perfil de uma única decisão, o que não permite traçar um paralelo adequado com outras manifestações pretorianas que tenham focado o desenvolvimento sustentável como política pública adequada, confirmando a presença dos ingredientes a tanto desejáveis. Tem-se, de qualquer modo, que o próprio acesso propiciado pelo texto legal a órgãos jurisdicionais superiores, dada a competência que lhes é atribuída

⁴¹ No original: “Una decisión judicial justificada (respetando ciertos límites marcados por el Derecho) será la que más contribuya a la maximización de la riqueza social, entendida en términos de satisfacción de las preferencias de los individuos). ATIENZA, Manuel Rodríguez. Op. cit. p. 558.

⁴² ATIENZA, Manuel Rodríguez. Op. cit. p. 559.

para suspender decisões contrárias à administração, permite que a decisão a ser proferida fixe-se no interesse público conforme a própria largueza do seu conceito, sem compromissos efetivos com os demais valores constitucionalmente positivados.

5. Considerações finais

Desenvolvimento sustentável deve se apoiar em políticas públicas que se mostrem consistentes e devidamente afinadas com a ordem constitucional, assegurando o bem estar da comunidade e garantindo os direitos fundamentais.

Não raro essas políticas sujeitam-se à análise confirmatória do Poder Judiciário, por divergência conceitual quanto às suas finalidades e conseqüente ajuste normativo, o que faz com que o interesse público, por força da própria exigência legal, aflore como elemento primordial ao enfrentamento da matéria.

A vagueza do conceito faz com que surjam correntes diversificadas na propositura do seu efetivo conteúdo, tido, no mais das vezes, como resultado da observância dos interesses individuais e não superior a eles, enquanto que em outras circunstâncias o interesse público é tido como garantidor, em sua supremacia, dessas mesmas garantias fundamentais.

Não obstante isso, as decisões judiciais que necessitam superar a presença do interesse público como fundamento de suas conclusões, apoiam-se em critérios vagos, muitas vezes de ordem puramente econômica e com viés simplesmente de projeção de resultados, sem o concreto sopesamento dos interesses efetivamente em conflito, embora de igual relevância constitucional.

No caso Usina de Belo Monte, a suspensão da decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que havia impedido o prosseguimento das ações tomadas com base em decreto-lei apontado como inconstitucional, valeu-se de reflexões exclusivamente econômicas e com conseqüências irreversíveis, apesar de ter sido proferida em caráter liminar e, como pois, diante de padrões de provisoriedade inerentes a esse tipo de tutela.

Trata-se de decisão que, adesperto de revestir-se uma possível preocupação ambiental, deu ênfase a necessidades desenvolvimentistas que, em um primeiro plano, se afastam da desejada sustentabilidade, pois não compreendem parâmetros traçados pelo constituinte

originário, tais como o respeito aos direitos indígenas e à prévia normatização dos recursos hídricos a serem utilizados.

Na medida em que a obra autorizada tem proporções e traz consequências que ultrapassam a própria territorialidade, dada a dimensão ambiental de que se reveste, seria desejável que o interesse público fosse enfrentado na mesma amplitude, compreendendo a sustentabilidade e os reflexos transnacionais que dela emergem.

Ainda que a fundamentação do julgado não comprometa a sua consistência jurídica e integridade em face de outros precedentes da mesma natureza, mostra-se emblemático em função do caso abrangido pelo julgamento e das peculiaridades das questões absorvidas pela argumentação então empregadas.

Referências:

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Revista Sequência*, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, n.º 47, p. 81-97, dez. de 2003.

ATIENZA, Manuel Rodriguez. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005

BINEMBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 201

BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em 7 de agosto de 2014

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (13ª reimpressão). Coimbra: Almedina

_____. Estado constitucional e democracia sustentada, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, Ano IV, n.8, dez 2001.

CAVALCANTI, Clóvis. *Desenvolvimento e natureza: Estudos para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Cortez, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito. *Revista da Esmesc*, Forianópolis, v. 20. N. 26, 2013, p.243. Disponível em: <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/78/71>, acesso em 10 de Agosto de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência dos ideais do Neoliberalismo. In: *Supremacia do Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Bárbara. Teoria das políticas públicas. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coord.). *Direitos fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. São Paulo: Método, 2010.

DWORKIN, Ronald, O que é o direito? In: *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, Revisão de Gildo Sá Leitão Rios, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte*. Disponível em: http://www.teses.ufc.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4135 p. 145., acesso em 20 de junho de 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. *Função social do estado contemporâneo*. Dados eletrônicos. 4ª ed. revista e ampliada. Itajaí: Univali, 2013, pp28-29. Disponível em: www.univali.br/ppcj/e-book. Acesso em 3 de agosto de 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Hermenêutica e sustentabilidade*. In *Ensaio sobre o discurso constitucional e da sustentabilidade* [recurso eletrônico]/Alexandre Moraes da Rosa, Márcio Ricardo Staffen.-Dados eletrônicos Itajaí:Univali, 2012, p.(Coleção Osvaldo Ferreira de Melo, volume1). In <http://www.univali.br/ppcj/ebook>, acesso em 1 de agosto de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores



SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. MAFRA, JulieteRuana. A sustentabilidade no alumínio de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira; SOUZA (coord.). *Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. Dados eletrônicos. Itajai:Univali, 2014. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/eboo>. Acesso em 7 de agosto de 2014

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 28 de julho de 2014.

TUPIASSU-MELIN, Lise. Desenvolvimento econômico sustentável e tributação ambiental. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coord.). *Direitos fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. São Paulo: Método, 2010.

**ESTUDO SOBRE TRABALHO, DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE.
(NOTAS PARA UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE EM MARX - II)**

*Wanderley Todai Júnior*¹

Resumo

O texto tem a finalidade de desenvolver as determinações tratadas em estudo anterior, no que tange a relação entre método e uma teoria da liberdade. Neste momento, trata-se de analisar o desenvolvimento da atividade humana e como esta impulsiona a ampliação de necessidades, que não são mais, apenas, nas palavras de Marx, *reino de necessidade*, mas se estruturam como produção social de liberdade. A liberdade aparece para Marx como um produto do próprio desenvolvimento histórico-social, das necessidades e capacidades humanas possíveis de serem fruídas como fins em si mesmas.

Abstract

The text aims to study the determinations, treated in previous study, between method and a theory of freedom. At this point, it is about studying the development of human activity and how it drives the expansion of needs that are not more, as Marx says, kingdom of necessity, but are production of the freedom. The Freedom, to Marx, is a product of historical and social development of the needs and possibilities to be experienced as ends in themselves.

1. Introdução

O estudo presente vem na esteira de um exercício, iniciado no texto precedente², que tem a pretensão de realocar as bases teórico-metodológicas presentes na teoria social

¹ Especialista e Mestre em Teoria Sociológica pela PUC-SP, professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), pesquisador e professor de História do Direito, Sociologia Jurídica e Teoria do Estado. Atualmente, conduz pesquisa de Doutorado sobre relações entre Capitalismo e Democracia no Brasil, de 1960 a 1964.

contemporânea, inclusive no que toca e antecipa o âmbito da teoria do Direito, resgatando outra matriz teórica, referida tanto ao método de apropriação da realidade quanto ao seu resultado objetivo teórico. Os problemas que relacionam método e o estabelecimento duma teoria da liberdade foram tratados, inicialmente, naquele primeiro trabalho, assim como as implicações primeiras relevantes acerca da forma jurídica, especificamente. Trata-se, agora, de desenvolver as categorias verificadas naquele momento e analisar as implicações do desenrolar destas categorias para a construção de uma teoria “substantiva” da liberdade, ou como se chamou, uma teoria “ontológico-histórica” da liberdade, presente no pensamento de Marx.

No livro terceiro, volume sexto do *O Capital*, Marx expõe de modo muito sintético o que ele chamou de “a relação entre o *reino da necessidade* e o *reino da liberdade*”, indicando que, seja qual for o modo de produção, o ser social encontra a *necessidade* posta como determinação da sua existência. Diz Marx que, em sua atividade, o ser social supera aquela primeira necessidade, “acrescendo” no mundo exterior, objetivo, uma forma de ser nova. Deste modo, ele transforma as condições objetivas de sua existência enquanto, ao mesmo tempo, transforma a si mesmo, física e subjetivamente, ampliando suas possibilidades. (MARX, 1991, p.942) Este é um movimento de liberdade para o ser social, a superação da necessidade inicial e a construção de capacidades e possibilidades. Mas este processo não encerra o conjunto das necessidades, pelo contrário, estabelece um novo conjunto. Como explica Marx, se a primeira necessidade é aquela “imprescindível”, o movimento de liberdade é, não apenas a sua superação, mas o estabelecimento de necessidades que estão além dele, impondo-se uma nova relação entre *necessidade* e *liberdade*, antes não existente. Assim, o ser social aumenta a quantidade e a qualidade de suas necessidades, mas aumenta, também, as possibilidades de “satisfazê-las” – concentradas e ampliadas em sua capacidade pessoal e material. Para Marx, a liberdade genuína, o *reino da liberdade*, está além daquelas necessidades imprescindíveis, sendo a fruição das forças humanas como necessidades que são ou podem ser “fins em si mesmos”, como a pintura, o desenho, a leitura, o se relacionar, o amar, ficar ocioso etc. Entretanto, como diz Marx, mesmo esta liberdade genuína, só pode “florescer” e existir em face do *reino da necessidade*, mantendo a capacidade produtiva como

² O referido texto é “Estudo sobre Teoria Social, Relações de produção e Liberdade: notas para uma Ontologia da liberdade em Marx, I”.

“momento predominante” dessa reprodução mais livre. Este movimento entre um reino e outro e seu avanço Marx chama de “desenvolvimento humano”. (MARX, 1991, p.942)

Seguindo o método proposto, onde o desenvolvimento das categorias históricas mais simples vão ensejando novas categorias e relações mais complexas, os trabalhos de Gordon Childe, estudado por Lukács no percurso de sua investigação sobre a “Ontologia”, fornece o material histórico imprescindível para a avaliação mais acertada sobre as propostas de Marx, acerca de uma teoria da liberdade. A sua contribuição no campo da história permite a pesquisa buscar no especialista de outras ciências – incorporando-as a teoria social – aquelas relações e determinações mais fundamentais, pertencentes ao movimento geral da relação entre *necessidade e liberdade*. Neste sentido, as teses de Childe acerca da história social foram comparadas, o quanto possível, com as teses mais atuais de Richard Leakey e não foram encontradas contradições substantivas no que se refere aos problemas analisados.

Nesta processualidade, será possível perceber que o ser social constrói sua própria humanidade, na medida em que amplia a necessidade, sendo que o resultado disto é um avanço no sentido de suas capacidades, possibilidades, necessidades, sentimentos, emoções, prazeres, dores etc. Ou seja, no processo de superação do *reino da necessidade*, o ser social “acresce” em sua dimensão humana, tornando-a mais complexa. Aqui, o termo humano demonstrará negar qualquer dimensão moral e, neste sentido, humano é o que amplia as capacidades e possibilidades do ser social, podendo inclusive, nalguns casos, levar a condições de desumanização. Nega-se, aqui, qualquer dever-ser moralista, mecanismo pelo qual a sociedade atual costuma considerar “humano” e “moral” determinados comportamentos que, comumente, são, em si, amplamente desumanizantes. Pensemos no costume de se tratar as diversas violências cotidianas, como a fome, o desemprego, a falta da habitação, como problemas “inevitáveis” numa sociedade que, ao mesmo tempo, é entendida como “civilizada”, “livre” e, por isso, “humanizada”. Aqui, a liberdade se confunde, amplamente, com diversas formas de não-liberdade; esta confusão, no entanto, é necessária porque deve se ajustar as formas da reprodução social e, por isso, à moralidade determinada por esta reprodução; cito como exemplo o vínculo estreito que se tenta fazer convencer a todo instante entre liberdade e a moral da “liberdade de mercado” e seus institutos jurídicos. Se a humanização é tratada como um dever-ser moralista, ela é remetida diretamente as relações sociais estabelecidas que, no entanto, não podem realizá-la, permanecendo sempre presa aos

apelos de uma moralidade abstrata e irrealizável, ou seja, uma desumanidade, ao mesmo tempo em que, por guardar este discurso moralista abstrato, tal sociedade se considera “humana”

O problema se estende plenamente ao desenvolvimento duma teoria da história do Direito que corresponda a uma ontologia da liberdade, pois exclui do contexto jurídico a possibilidade moralista, não apenas porque o situa sob determinadas formas de produção social-históricas, mas porque a própria teoria ontológica da liberdade se localiza como anterior a lógica jurídica – do “yus” – e, a partir daí, o Direito assumirá, no seu desenrolar histórico, uma relação muito específica com os problemas da liberdade, sendo sua função, em grande parte, a negação e não a afirmação dela. Este passo, no entanto, só pode ser dado se, antes, formarmos uma narrativa que demonstre as formas de ser da liberdade como pertencentes, originariamente, a um universo não jurídico.

2. Capacidade produtiva, desenvolvimento e liberdade

Não menos surpreendente do que as divergências entre os principais ciclos são a uniformidade e a continuidade de cada um deles. (Childe, 1977, p.34)

Toda produção humana caracteriza-se pela inserção de uma mediação entre o ser social e a natureza, um instrumento, ainda que em suas formas mais primitivas este instrumento tenha sido a mão humana. O próprio Marx afirma que “não existe produção possível sem instrumento de produção [...]. Seja este instrumento apenas a mão”. (MARX, 1978, p.105) Entretanto, o conjunto das capacidades do ser social, bem como sua liberdade, apenas amplia seu desenvolvimento, significativamente, na medida em que a mão é substituída pela inserção dos “meios de trabalho”. Diz John Lewis que é a possibilidade de “reger a existência orgânica em relação ao meio ambiente” que faz do ser social o único capaz de liberdade, realizando transformações que não são mais transformações biológicas, mas “modificações na tecnologia”. (LEWIS, 1972, p.26 e 27) Os meios de trabalho servem como uma força que se possa exercer sobre outro objeto, como um “órgão próprio”. Explica Marx que “o meio de trabalho é uma coisa ou um conjunto de coisas que o trabalhador insere entre si e o objeto e lhe serve para dirigir a sua atividade sobre este objeto”. E continua, dizendo

que o ser social “utiliza as propriedades mecânicas, físicas, químicas, das coisas para fazer atuarem como forças sobre outras coisas, [...] faz de algo que é objeto natural um “órgão de sua própria atividade”. (MARX, 2008a, p.213) Eles permitem a condução particular de um processo de trabalho sobre seu objeto e, em sentido *lato*, são “todas as condições materiais necessárias a realização do processo de trabalho”. (MARX, 2008a, p. 214) O instrumento insere na produção do ser social uma ação intermediária, mediada, sendo uma “maneira complexa de atingir uma finalidade”. Estes instrumentos são transformações de caráter voluntário, tecnológico – objetivos e subjetivos – e não mudanças biológicas, dependendo, como diz Lewis, mais do desenvolvimento da “engenhosidade e capacidade das escolhas humanas”, entre os fins possíveis. (LEWIS, 1972, p.38 e 39)

Uma toupeira, apesar de conter em suas mãos uma espécie de escavadeira, não é inventora de instrumentos. Sua evolução é biológica e não consciente. Explica Lewis que se trata de “uma escavadeira animada, [...] extremamente especializada”. Este alto grau de especialização não permite que ela realize outra atividade e seu “instrumento” se destina qualitativamente a poucas atividades. Surgidas outras determinações sobre suas condições de existência, ela fica incapacitada de adaptar suas próprias capacidades aquelas, comprometendo sua possibilidade de reprodução. Se precisasse mudar rápida e radicalmente sua atividade pereceria com sua “ferramenta”. (LEWIS, 1972, p.35) A ferramenta do ser social é, qualitativamente, distinta daquelas presentes noutros animais. Seu instrumento não é altamente especializado mas pode ser revisto, revertido, adicionado a outros elementos conforme se transformem as condições de existência ou as necessidades. Como explica Richard Leakey, “o verdadeiro segredo evolutivo da humanidade sempre foi conservar seus recursos biológicos simplificados e adaptáveis, ao invés de se especializarem numa única direção”. (LEAKEY, 1988, p.24) ³

As capacidades produtivas, e particularmente os instrumentos, permitem medir o grau de necessidades e a capacidade do ser social de supri-las, indicando a possibilidade de gerar e sustentar relações sociais mais complexas, mais mediadas, tanto sobre a capacidade da

³ “Pode parecer um exagero, mas é bem certo dizer que qualquer instrumento é uma materialização da ciência, pois representa a aplicação prática de experiências lembradas, comparadas e reunidas, tais como as sistematizadas e sumariadas, nas fórmulas, descrições científicas. [...] No conhecimento da selva estão as raízes da botânica e da zoologia da astronomia e climatologia, enquanto no controle do fogo e o preparo de instrumentos inicia as tradições que mais tarde farão parte da física e da química”. (CHILDE, 1977, p.36).

produção, quanto das relações que estão além dela. Um meio de produção mais eficiente permite retirar mais alimento da natureza, ampliar os materiais de trabalho, permite uma moradia mais segura, aumentar o tempo para atividades fora da produção, sustentar grupos ou classes improdutivas etc. Por isso, diz Marx, “resto de antigos instrumentos de trabalho têm, para a avaliação das formações econômicas, a mesma importância que a estrutura de ossos fósseis para o conhecimento das espécies animais desaparecidos”. (MARX, 2008a, p.581) Os “meios mecânicos” do processo de trabalho, explica Marx, “ilustram muito mais as características marcantes de uma época social de produção” (MARX, 2008a, p.214), por isso, a história dos meios de trabalho é, também, a história do desenvolvimento do ser social entre *o reino da necessidade e o reino da liberdade*.

Neste sentido, pode-se verificar que o primeiro *homo sapiens* produtor de ferramentas surgiu por volta de 250.000 anos.⁴ Fundamentalmente, é um coletor de alimentos e objetos, dotado de poucas necessidades, bem como de pouca liberdade. Estas condições correspondem a maior parte do tempo de existência da espécie humana. (LEAKEY, 1988, p.74)⁵ Os instrumentos de trabalho são aqueles que podem ser colhidos na natureza, como pedaços de ossos, madeira ou pedra e transformados pela “raspagem ou quebra”. Estes instrumentos, ainda muito simples, correspondem a simplicidade encontrada nas condições de existência objetivas e refletidas na apropriação subjetiva do ser social. Isto implica num baixo desenvolvimento das possibilidades e necessidades de objetivação. Como explica Childe, “o homem primitivo teve de aprender, gradualmente, pela experiência, quais as pedras mais adequadas a manufatura de ferramentas e como lascá-las corretamente”. (LEAKEY, 1988. p. 61-62) Diz Marx (1991, p. 972) que,

nos albos da sociedade, ainda não existem meios de produção produzidos, capital constante, portanto [...]. A natureza, então, fornece os meios imediatos de subsistência, que de início não precisam ser produzidos. Proporciona, assim, ao selvagem, com poucas necessidades para satisfazer, [...] tempo para transformar outros produtos naturais em meios de produção,

⁴ Gordon Childe localiza este período entre 500 mil e 250 mil anos. Esta periodização parece estar de acordo com a feita por Leakey, que situa o surgimento do *homo sapiens* em torno de 500 mil anos, também. Na comparação entre as obras é possível sintetizar uma aproximação deste período de transição, entre 500 e 100 mil anos. Ver: CHILDE, 1977, p.26; e LEAKEY, 1982, p.85. Além da página 74 do livro citado no texto.

⁵ Como explica Gordon Childe o período é descrito na arqueologia como paleolítico ou Idade da Pedra lascada. “Os geólogos chamam de período pleistoceno”. (CHILDE, 1977, p.26).

sem excluir o trabalho que custa apropriar-se dos meios de subsistência encontrados na natureza.

Os instrumentos ainda não haviam recebido utilidade para fins específicos, tendo seu valor-de-uso altamente generalizado. O mesmo instrumento – uma pedra ou um machado de mão – podia ser utilizado para servir a diversas funções, como cavar raízes, raspar lascas de pedras, caçar, retirar a pele de um animal etc. Combinações temporárias podiam gerar quilos de instrumentos, ao mesmo tempo em que, diz Childe, “um único hominídea podia usar e abandonar três ou quatro destes instrumentos”. Nestas condições, a capacidade de gerar alimentação é pequena, além da baixa expectativa de vida. Os grupos humanos têm de viver no nomadismo, em busca do que a natureza pode oferecer, tendo necessidade de carregar a água e as crianças, o que retarda a produção de instrumentos maiores ou pesados. (CHILDE, 1977, p.32). Como diz Marx, nos primórdios do ser social “são reduzidas as necessidades que se desenvolvem com os meios para satisfazê-las”. (MARX, 2008a, p.581) Entretanto, na medida em que se acumulam os conjuntos de objetivações, percebe-se “aperfeiçoamentos graduais” nos instrumentos e no ser social. O desenvolvimento eleva as capacidades físicas e mentais do homem, como braços e pernas mais fortes, dedos mais precisos, cérebro maior e experiente, linguagem mais articulada. Como explica Marx, “toda pele e todos os órgãos dos sentidos são, também, desenvolvidos, reproduzidos etc, no processo da vida, quando pressupostos desse processo de reprodução”, (MARX 2006, p.78) o que permite o desenvolvimento de atividades mais complexas, desde a escolha da melhor pedra, o melhor local para coleta, construir um machado mais potente, talhar mais habilmente, planejar a caçada, comunicar-se melhor etc. (CHILDE, 1977, p.62)

A capacidade da atividade do trabalho permitiu ao ser social transformar as condições objetivas da sua existência, ao mesmo tempo em que transformava a si mesmo. Ao fazê-lo, o ser social ultrapassou as necessidades dadas e, ao gerar outras necessidades mais desenvolvidas, aumentou sua liberdade. Num determinado instante, o ser humano já havia acumulado instrumentos suficientes para expulsar animais das cavernas e estabelecer uma moradia nova, uma necessidade nova – estas “armas” eram instrumentos de trabalho adaptados. A caçada foi apurada junto da experiência e linguagem e a habilidade com o talho

dos instrumentos permitiu a criação da necessidade da vestimenta com pele de animais. Estes avanços elevaram a “duración de vida del hombre primitivo”. (BERNAL, 1964, p.66) Paralelamente, desenvolve-se a delineação da forma no centro da pedra antes do lasco que, como diz Childe, é um passo no aprimoramento da técnica e “direção da ciência”. (CHILDE, 1977, p.35) Verifica-se que, além da produção material imediata, a delicadeza com que alguns machados são feitos exige um trabalho superior ao de fazer um instrumento meramente “útil”, aparecendo, aqui, o desenvolvimento de uma necessidade estética. Sepulturas cavadas nas cavernas e os corpos enterrados com rituais diversos sugerem claramente uma pergunta sobre a vida e a morte e uma simbologia particular. (CHILDE, 1977, p.35-37) Como diz Gordon Childe sobre as pinturas feitas nas cavernas: “a arte auringnaciona e magdaleniana, tinha, portanto, uma finalidade prática e destinava-se a garantir a abundância de animais para sua alimentação”. (CHILDE, 1966, p.73) Como explica Lewis (1972, p. 51), acerca das necessidades espirituais,

o pensamento eleva-se do reconhecimento e designação do concreto ao traçado de idéias gerais, à meditação sobre o próprio processo de pensamento. (...) Pensar não é mais apenas se perguntar; que farei? O pensamento enfrenta agora perguntas como: quem eu sou? O que é a verdade?

Ora, como explica Lukács, “as atividades espirituais do homem não são entidades da alma, como imagina a filosofia acadêmica” (LUKÁCS apud HOLZ; KOFLER, 1969, p.12), mas “reações” ao modo como, necessariamente, o ser social tem de produzir e reproduzir sua vida, a partir das condições que ele encontra e sobre as quais pode atuar. Quanto menos desenvolvidas são as capacidades da produção sobre o meio ambiente, menores são as necessidades de abstração e mais a atividade espiritual se confunde ou aparece diretamente ligada a atividade do trabalho. Lukács lembra que os desenhos encontrados nas cavernas eram mais “preparativos mágicos” do que apenas artísticos e visavam trazer uma boa caça, confundindo-se a atividade artística com a atividade produtiva de trabalho. (LUKÁCS apud HOLZ; KOFLER, 1969, p.12) No entanto, com as capacidades e possibilidades limitadas pelo baixo nível produtivo dos meios de trabalho, o desenvolvimento do ser social ainda é acompanhado de transformações biológicas – o tamanho do cérebro, a estrutura física, os

órgãos da linguagem, entre outros. A partir de um determinado momento, o ser social sofre um salto definitivo em sua forma de ser, o desenvolvimento biológico cessa e a evolução cultural passa a ser impulsionada unicamente pelo contínuo acúmulo de objetivações e apropriações. Como explica John Lewis, “o ponto de partida real do homem como fabricante de ferramentas, bem sucedido, começa há cerca de 46000 ou 50000 anos, relativamente ontem”. (LEWIS, 1972, p.49) Observa-se que o avanço do tamanho do cérebro cessa e a capacidade produtora da atividade teleológica permite ao ser social desenvolver um inédito “poder de invenção”. (LEWIS, 1972 p.49)

Mais preparado materialmente e pela experiência acumulada, o ser social pôde fazer não apenas instrumentos, mas instrumentos para fabrico de outros instrumentos: algumas formas de polimento, pequenas brocas de perfuração⁶, além de ferramentas especializadas para “alojamento, vestuário e adorno”. (LEWIS, 1972, p.41) Diz John Bernal que, “el registro arqueológico nos presenta al hombre bien equipado com una rica colección de artificios técnicos – cabanas, vestidos de piel cosida, sacos y calderos, canoas, ganchos y harpones”. (BERNAL, 1964, p.79) Tornou-se possível organizar caçadas de animais maiores, aumentando em muito a capacidade de supressão da alimentação, vestimenta e “peças”, como o marfim. Os locais de abrigo foram escolhidos na medida em que permitiam ser utilizados como currais para as manadas de caça. (CHILDE, 1977, p.40) Marx explica que “o processo de trabalho ao atingir certos níveis de desenvolvimento exige meios de trabalho elaborados”. (MARX, 2008a, p.213) O primeiro instrumento composto, o arco e flecha, é uma invenção deste período. Ele é um instrumento de trabalho altamente elaborado, a partir de uma aplicação que envolve técnica relacionando dinâmica e tensão. Com ele, aumenta-se a força, a velocidade e a exatidão de um golpe, diminuindo o tempo da caçada e expandindo o conjunto de problemas a serem resolvidos. (BERNAL, 1964, p.69) Explica Lukács que, em face da expansão das necessidades e possibilidades, o próprio desconhecido se amplia e, com ele, o conjunto de perguntas e campos de abstração tornados possíveis. (LUKÁCS, 1969, p.16)⁷ Childe (1977, p. 40, 45) demonstra estes processos:

⁶ “(...) um movimento rotativo que pode ter aberto o caminho para invenções importantes como a roda”. (LEWIS, 1972, p.41).

⁷ “É um preconceito enraizado no cientificismo a crença de que, com a ampliação das experiências, (...) se reduza o terreno do desconhecido. Creio, pelo contrário, que ele se amplia”. (HOLZ, Hans H; KOFLER, 1969, p.16).

a proteção artificial contra o frio era proporcionada pelas tendas, provavelmente de peles, ou mesmo por substanciais casas, cavadas no solo macio e coberta de peles e palhas. (...) os caçadores queimavam ossos para se aquecerem e construíam fogões com saídas para a fumaça. Faziam roupas de pele, pois possuíam raspadoras e agulhas para cozê-las. (...) Mesmo que tenham sido utilizados com finalidade mágica, isto não privou o artista da satisfação estética de tornar belo seu desenho. A música deve ter sido de importância, pois flautas e apitos foram encontrados nas cavernas.

Os homens do período superior do paleolítico tiveram aumentados em quantidade e complexidade as atividades religiosas, estéticas, artísticas, que emergiram daquelas novas e mais favoráveis condições de sobrevivência possibilitadas pelo desenvolvimento da capacidade produtiva do trabalho. (BERNAL, 1964, p.71) Marx explica que, na medida em que o ser social se desenvolve sobre o reino da necessidade, “aumentam as necessidades, mas, ao mesmo tempo, ampliam-se as forças produtivas para satisfazê-las” (MARX, 1991, p.942), tornando-as cada vez mais múltiplas e diversificadas, exercícios efetivos de liberdade. No entanto, o necessário movimento constante destes povos coletores impedia o contato mais demorado e intenso com os problemas postos, impedindo a ampliação das possíveis respostas e objetivações. Esta situação será superada por uma mudança qualitativa nos meios de trabalho e na capacidade do ser social de reproduzir sua vida, quando ele deixa de esperar que a natureza forneça um determinado alimento, para colocá-lo pela sua intervenção direta. O resultado é uma verdadeira “revolução econômica e científica”. (CHILDE, 1977, p.51)

A agricultura floresceu na história do ser social por volta de 12000 anos.⁸ Explica John Bernal que, “la agricultura abrió paso a nuevas posibilidades y, con ellas, a nuevos problemas”. (BERNAL, 1964, p.87) Marx explica que a terra é um meio para a atividade do trabalho, mas que, “para servir como tal na agricultura, pressupõe toda uma série de outros meios de trabalho e um desenvolvimento relativamente elevado da força de trabalho”. (MARX, 2008a, p.213)⁹ O plantio torna possível ao ser social aumentar em muito a previsibilidade das condições de sua reprodução sobre o *reino da necessidade* e colocará, pela

⁸ De quinze a doze mil anos é a estimativa arqueológica para esta revolução.

⁹ O que se sabe e pode supor é que enquanto os homens caçavam, as mulheres colhiam diversos comestíveis, entre eles sementes precursoras no trigo e da cevada. Tais alimentos estão na base da economia agrícola. Segundo Childe (1977, P. 63), a maior parte das descobertas desta época é obra das mulheres, que colhiam plantas, realizavam as misturas, ferviam, combinavam, fermentavam, coziavam o barro etc.

primeira vez na história, a possibilidade de gerar e guardar os excedentes da produção. O nomadismo que ainda vigorava pode ser superado, gradualmente, pela capacidade de restituição da fertilidade da terra e permitiu a maior concentração sobre os problemas multiplicados nesta nova situação. Como explica Gordon Childe, “o equipamento neolítico era imensamente mais rico do que qualquer selvageria paleolítica ou mesolítica. A barbárie surge com a aplicação de um complexo regular de novas descobertas e de invenções”. (CHILDE, 1977, p.54) Foram criadas enxadas e foices, feitas de madeira, pedras e ossos. Ampliou-se a descoberta das sementes corretas e os métodos adequados para cultivar os solos, como a técnica da utilização do esterco e da irrigação, além da construção de pequenos armazéns para acomodar o excedente produzido. Os celeiros e depósitos se espalharam pelas aldeias do período, desenvolvendo os sistemas de cálculos matemáticos acerca de quantidade e espaço. Os moinhos manuais deviam ser feitos com pedras adequadas para que o trigo não tivesse mais areia do que comida. (CHILDE, 1977, p.61-62) Marx explica que, “uma vez satisfeita a primeira necessidade, a ação de satisfazê-la e o instrumento adquirido com esta satisfação, levam as novas necessidades”. (MARX, 2007, p.22)

Diz Childe que “o cultivo de alimentos derruba imediatamente os limites até então impostos”. Com a produção de excedente agrícola foi possível guardar espécies de animais para criação e reprodução, “em troca do alimento, da previsão e da proteção que podiam oferecer”.¹⁰ Foram criadas, por exemplo, cerâmicas para acomodar a produção, utilizando processos químicos que esquentavam a argila, eliminando a água e tornando o objeto resistente. Em seguida, são criadas as técnicas da fiação. (CHILDE, 1966, p.80) Ideias sobre construção ampliaram a capacidade de gerar moradias, feitas com barro, argila, madeira ou pedras, protegendo do frio e de animais. O fabrico do pão requer experiência na habilidade química e o mesmo elemento, o levedo, foi aplicado a bebida. Vê-se que o desenvolvimento dos meios de produção e das condições de reprodução social gerou um paladar para o ser humano. O paladar é uma característica de todo animal, mas o paladar apurado, a separação dos gostos e sua fruição são produtos do desenvolvimento da possibilidade de fruir. (childe,

¹⁰ Há aqui uma polêmica sobre se a criação de animais é uma atividade proporcionada, efetivamente, pela agricultura; outros afirmam que ela a antecedeu. Childe adota a primeira tese. Pensamos que, se for possível existir alguma forma de criação de animais no paleolítico, ela é extremamente simples, pelas condições impostas, o que nos leva a considerar a criação, realmente, efetiva de animais, então, apenas no período neolítico.

1977, p.53 e 62) Todas estas possibilidades aumentaram as capacidades de reprodução do ser humano, o que se pode perceber no significativo “crescimento rápido da população”. (CHILDE, 1977, p.80-81) Quando os agricultores quiseram e puderam retirar do solo uma quantidade de excedente maior do que o necessário a reprodução imediata, ele pôde ser utilizado para manter atividades especializadas, como a manipulação de metais como o cobre, que exigem dedicação exclusiva. Com o aumento da produção de excedentes, a expansão dos intercâmbios ajudou a adicionar e selecionar os conhecimentos mais adequados, “separar o não essencial”, bem como os totalmente dispensáveis a produção – ainda que os processos técnicos estivessem, como diz Childe, intimamente, fundidos com “uma massa de feitiços e ritos fúteis”. (childe, 1977, p.67) ¹¹

Desta forma, foi possível manter grupos sociais não diretamente empenhados na produção e voltados para o cuidado das coisas espirituais, religiosas, tidas como primordiais a sua reprodução. A mesma possibilidade serviu para sustentar a necessidade do surgimento da hierarquização dentro das tribos e, depois, as primeiras formas de classes sociais e a apropriação privada das forças produtivas e do excedente (CHILDE, 1977, p.73) – nota que importa diretamente a qualquer discussão sobre a natureza histórica das formas jurídicas. Diz Marx sobre isto que “é fácil imaginar que alguém poderoso, fisicamente superior, após ter capturado um animal, em seguida capture pessoas para fazer com que estas capturem animais. (...) Mas tal opinião é absurda, porque parte de seres humanos individualizados”. (MARX, 2011, p.407) ¹² Os próprios meios de guerra são, antes, meios de produção – facas, espadas, machados, barcos, carros etc – o que implica na mesma necessidade de desenvolvimento das forças produtivas e no avanço de outras necessidades, como a necessidade da violência dentro da própria tribo.

Como explica György Markus, as diversas atividades que constituem a “síntese de múltiplas determinações” da relação social estão, de tal modo, organicamente vinculadas a produção material e ao trabalho que “retiram a matéria e os meios de seus problemas fundamentais”. (MARKUS, 1974a, p.90) Os meios de trabalho e a atividade do trabalho, diz John Lewis, “conforme é exigido pelas necessidades da vida, têm voz muito mais intensa e

¹¹ Childe lembra que os gregos, também, pensavam que um demônio lhes quebrava os jarros de barro, durante o cozimento.

¹² CHILDE, 1961.

penetrante do que a experiência passiva das impressões sensoriais. (LEWIS, 1972, p.44) Por isso, a atividade do trabalho – entendendo todo seu conjunto de conhecimentos, capacidades e meios – atua, nas palavras de Marx, em qualquer relação social como o “momento predominante”. (MARX, 2011, p.49) O “momento predominante” não trata de uma validação hierárquica – na forma “estrutura-superestrutura” – entre necessidades do trabalho e outras necessidades espirituais, mas que estas últimas só podem se reproduzir com relativa autonomia quando o fazem em face de determinada capacidade produtiva. A vontade que necessita de um novo produto, ainda que apareça como vontade autônoma de um ser existente “em si mesmo”, é, antes, vontade de produção do novo produto. Do mesmo modo, a necessidade real de alimento, bem como a necessidade do cultivo da espiritualidade, da filosofia, da arte ou o usufruto do ócio é, antes, a vontade da produção real e efetiva do alimento, da religião, da filosofia, da arte e do ócio. Essas necessidades e liberdades têm suas raízes possibilitadas pela capacidade produtiva sobre o reino da necessidade, seu momento predominante, não constituindo “fantasmas” desencarnados da vontade.¹³ Marx (2011, p. 52) dá um interessante exemplo deste problema:

é uma ideia tradicional a de que, em certos períodos, viveu-se unicamente de pilhagem. Mas, para poder pilhar, deve existir algo a ser pilhado, logo, produção. E o próprio tipo de pilhagem é, por sua vez, determinado pelo tipo de produção. Uma nação de especuladores da Bolsa não pode ser saqueada da mesma maneira que uma nação de vaqueiros. No caso do escravo, o instrumento de trabalho é roubado diretamente. Entretanto, a produção do país para o qual o escravo foi roubado deve ser estruturada de modo a admitir o trabalho escravo ou ser criado um modo de produção correspondente.

Neste sentido, Marx afirma que a Igreja Católica foi a ideologia religiosa do feudalismo e o protestantismo é a ideologia religiosa do liberalismo.¹⁴ Nos dois casos, se as

¹³ Para um autor como Zigmunt Bauman, um crítico da chamada “sociedade do consumo”, a predominância contemporânea de uma ideologia de consumo sobre os problemas da produção industrial substitui o momento predominante do trabalho para a predominância da vontade de consumir e suas representações derivadas. Daí a tentativa de alterar o centro de gravidade da crítica de uma sociedade industrial para uma crítica da “sociedade do consumo”. Esta abordagem metodológica e anti-ontológica não leva em conta que a vontade de consumir passa antes pela vontade de produzir uma relação de consumo, o que põe severos limites ao alcance da crítica.

¹⁴ “[...] numa sociedade de produtores de mercadorias, estes tratam seus produtos como mercadorias, isto é, valores, e comparam, sob aparência material das mercadorias, seus trabalhos particulares, convertidos em trabalho humano abstrato homogêneo. Daí ser o cristianismo, com seu culto do homem abstrato, a forma de

ideologias organizam a produção material do trabalho, esta atividade não é um produto da consciência religiosa ou filosófica – que tem natureza diferente do trabalho –, mas uma apropriação e desenvolvimento, pela ideologia religiosa, das condições reais de produção do trabalho, reproduzidas em sua efetividade com um capuz místico religioso. Como explica Marx, “nem a Idade Média podia viver do catolicismo, nem o mundo antigo da política. Pelo contrário, é a maneira como ganhavam a vida que explica porque numa época desempenhava o papel principal a política e na outra o catolicismo”. (MARX, 2008a, p.104) ¹⁵ O conhecimento do trabalho expresso na religião não é um saber religioso, mas é capacidade produtiva apreendida e expressada em linguagem religiosa – assim como as pinturas em cavernas, para o artista-sacerdote, eram atividades produtivas expressadas em linguagem artístico-religiosa. Sobre esta inversão, diz Marx que, “para a consciência para a qual o pensamento conceitualizante é o ser humano efetivo [...], o movimento das categorias aparece como ato de produção efetivo”. (MARX, 2011, p.55) Aqui Marx expõe a sua concepção histórica ontológica do “momento predominante” da atividade do trabalho:

Em todas as formas de sociedade, é uma determinada produção e suas correspondentes relações que estabelecem a posição e a influência das demais produções e suas respectivas relações. É uma *iluminação universal* em que todas as demais cores estão imersas e que as modifica em sua particularidade. (MARX, 2011, p. 59, grifos nossos)

Os meios de produção imprimem sobre os objetos do mundo natural e social uma capacidade de força multiplicada numa tal ordem superior, que apenas a mão humana não poderia fornecer, como não o podem fazer a arte, a filosofia ou a religião. Por isso, aquelas determinações na reprodução social guardam tal grau de importância sobre as necessidades, que imprimem sobre as outras atividades uma influência decisiva – ainda que por formas diversas. A filosofia, a arte e a religião vão refletir - o que não é sinônimo de copiar – em suas dimensões, as diversas necessidades dadas na produção, sobre as quais elas se tornam possíveis. Gordon Childe fornece o exemplo de uma antiga sociedade tribal, na região da França – cultura magdaleniana –, que cercada de toda sorte de alimentação e condições

religião mais adequada para esta sociedade, notadamente em seu desenvolvimento burguês, o protestantismo, o deísmo etc.” (MARX, 2008a, p.101).

¹⁵ Diz Marx (2008a, p. 99) que “o dízimo pago ao cura é mais palpável que sua benção”.

materiais totalmente além de seu controle, foram levados a desenvolver, magnificamente, a vida cultural e espiritual. Mas, como explica Childe, “a superestrutura mágica em nada contribuiu para aumentar os víveres, que, apesar de tudo, eram esgotáveis. Por conseguinte, a população se limitou e acabou desaparecendo sob condições extremamente favoráveis”. (CHILDE, 1977, p.47) ¹⁶ Pode-se verificar outro interessante exemplo acerca da determinação posta pelo “momento predominante”: repare-se que uma pedra da pirâmide de Quéops pesa em média 2,5 toneladas. Apenas um sistema de força de trabalho altamente desenvolvido pode conseguir colocar em pé os 2.300.000 blocos que formam a pirâmide. Sem esta força de trabalho seria impossível erguer a pirâmide e junto dela todo simbolismo que carrega. Apenas quando estas possibilidades estão dadas na realidade material de Quéops é que ele pode começar a imaginar tal grau de elevação espiritual – senão, esta vontade não passaria de sonho ou especulação. O conhecimento que produz a pirâmide não é político ou religioso, mas um conhecimento da atividade produtiva do trabalho, apropriado, desenvolvido e aplicado pela organização política ou religiosa. ¹⁷

O momento predominante pertence a capacidade produtiva, ainda que o poder político possa e deva se organizar com o fim de oferecer aplicação ao processo, daí a ausência de hierarquia entre estas atividades e a presença de uma integração complexa. A própria organização do poder político, religioso ou jurídico depende das possibilidades encontradas no momento predominante da produção e possíveis de serem desenvolvidas, dentro de respostas que sejam adequadas as necessidades eleitas. No caso da forma jurídica, vê-se que, comumente, as respostas eleitas pelo Direito penal como aplicáveis a contenção da violência urbana imediata terminam em frustração, já que não levam em conta a determinação posta pelo momento predominante capitalista na produção da violência cotidiana imediata. Retornando ao caso de Quéops, se as condições dadas no momento predominante da sociedade egípcia não estivessem presentes ele teria apenas que mandar produzir templos como os dos antigos sumérios e limitar a eles o esplendor de sua dominação, bem como

¹⁶ “Parece que o símbolo era confundido com o resultado. O selvagem (e os pós-modernos) age como se julgasse que os feitiços e ritos pudessem dirigir os fenômenos naturais que hoje todos sabemos (menos os pós-modernos) ser impossível controlar, pelo menos com tais métodos”. (CHILDE, 1977, p.49, grifos nossos)

¹⁷ Explica Childe que “os blocos eram extraídos do lado oriental do vale, transportados pela água durante a cheia e arrastados por uma enorme rampa de pedra até uma plataforma situada a uns 30 metros sobre o nível do rio, onde se erguiam as pirâmides. (...) afirma-se que a pirâmide exigiu o trabalho de cem mil homens” (CHILDE, 1977, p.122). Chega a ser irônica a historiografia, e não apenas a burguesa, ao afirmar, categoricamente, que Quéops “construiu” sua pirâmide.

limitar o alcance de sua força ideológica. Assim, cada meio de trabalho adquirido se torna fundamental para a manutenção e reprodução e todas as necessidades já alcançadas. Verifica-se uma ampla gama de condições, atividades, faculdades, sensações, prazeres que estão muito além da capacidade produtiva, mas que não poderiam existir sem o concomitante desenvolvimento de suas forças. Por isso é que Marx já anunciava esta determinação ontológica da liberdade como um reino “o qual só pode florescer tendo por base o reino da necessidade”. (MARX, 1991, p.942) É possível encontrar na literatura antiga esta determinação posta pelo momento predominante da produção:

Enéias admira a massa dos edifícios que substituíam as cabanas de outrora; admira as portas, o ruído das multidões, o calçamento das ruas. Os tírios trabalham com ardor: uns prolongam as muralhas, constroem a cidadela e de suas mãos rolam blocos de pedra; [...] Aqui, uns escavam portos, outros colocam os profundos alicerces do teatro, e cortam de pedreiras blocos, colunas enormes, majestosas decorações para a futura cena. [...] o trabalho ferve e os méis fragrantés recendem a timo. “Ó felizes”, diz Enéias, ‘aqueles cujas muralhas se erguem”. (VIRGÍLIO, [s.d.], p. 20)

Por isso, assim como não há sociedade humana que apenas trabalhe, não há aquela que possa prescindir do trabalho ou onde o trabalho seja uma categoria de importância secundária.¹⁸ Quanto mais desenvolvida for a atividade do trabalho – a técnica, os instrumentos, a ciência –, mais desenvolvidas serão as capacidades e possibilidades humanas, porque mais amplo será o campo de apropriação para o desenvolvimento. Como lembra Gordon Childe, “um homem de Neandertal tinha a possibilidade de fazer muito pouco. Um selvagem do paleolítico, embora relativamente livre da pressão social, tinha possibilidades de escolhas muito limitadas, acerca do uso que poderia fazer da liberdade, mas cada avanço técnico permitia que fizesse novas coisas e lhe fornecia novos meios de assegurar o

¹⁸ Neste sentido, é tanto um equívoco falar de uma sociedade onde o trabalho seja algo secundário, quanto falar de uma “sociedade do trabalho”, porque, nenhuma sociedade se reproduz sem o momento predominante, como nenhuma sociedade pode ser reduzida a ele. Daí que o termo “sociedade do trabalho” atua no sentido de uma criação lógico-epistêmica que desemboca em dois limites: ou leva a interpretação equivocada, em face de sua generalização em torno do momento predominante – como se existisse algo como uma “sociedade do trabalho” – ou, simplesmente, torna-se uma categorização indiferente, já que as determinações terão, de qualquer modo, de serem buscadas na reprodução social complexa.

alimento”.¹⁹ Por isso, limitar o avanço das capacidades humanas, em toda sua “multiplicidade e complexidade”, a uma descrição subjetivista, relativista ou reduzi-la a uma luta sócio-biológica, de modo “minguado e unilateral”, é, como diz John Lewis, restituir a teoria a uma “base miserável, completamente infantil. Significa menos que nada”. A história do ser social demonstra que os mais aptos são “os mais bem equipados” e tal determinação não pode ser reduzida aqueles arbítrios explicativos. (LEWIS, 1972, p.27 e 51) O que impressiona e é belo no ser social se constitui, justamente, no fato dele construir, por bases determinadas, a história de suas próprias condições. Diz Marx que, “a produtividade do trabalho que o capitalismo encontra e serve de ponto de partida é uma dádiva não da natureza, mas de uma história que abrange milhares de séculos”. (MARX, 2008a, p.581) Com o desenvolvimento do momento predominante, o ser social avança, como diz Walter Benjamin, na “luta pelas coisas brutas, sem as quais não existem as refinadas e espirituais”. (BENJAMIN, 2008, p.223)

3. Humanização, progresso e natureza humana

Debemos entender que se trata, sin duda, de un ininterrumpido retroceso de los límites naturales, pero nunca de la plena superación de estos; el hombre, el miembro activo de la sociedad, el motor de las transformaciones y avances de esta, sigue siendo ineludiblemente, en un sentido biológico, un ser natural. (LUKÁCS, 2004, p.157)

A natureza aparece para o ser social como o “reino da necessidade” estabelecido. Ela é, para Marx, o grande “laboratório” onde a relação entre necessidade e liberdade é desenvolvida, acumulada e renovada pela atividade humana, em qualquer época histórica. (MARX, 2006, p.67) A necessidade que pode ser reconhecida na natureza está sempre em relativa proporção a capacidade do trabalho de retirar dela tal necessidade, assim como as necessidades luxuosas implicam em capacidades elevadas de trabalho para retirar da natureza tal desperdício. Como diz Erich Fromm, o pensamento de Marx situa toda relação social num primado do qual a natureza é uma determinação insubstituível. Em suas palavras, “a dinâmica de Marx está baseada no primado da relação do homem com o mundo, com o homem e com a

¹⁹ CHILDE, 1947, p. 499. Diz Marx que, “nos primórdios da civilização são pequenas as forças produtivas adquiridas, mas também são reduzidas as necessidades que se desenvolvem com os meios para satisfazê-las”. (MARX, 2008a, p.581).

natureza”. (FROMM, 1961, p.64) O estômago do burguês que ronca pela comida no alto de um arranha-céu é o mesmo estômago que roncava no fundo de uma caverna a doze mil anos. A imensa diferença na forma como um e outro sanam esta necessidade – um suga o trabalho alheio, o outro colhia alimentos – não rompe com esta determinação histórico-ontológica. Como explica Marx, “o trabalho é um processo do qual participa o homem e a natureza, processo em que o ser humano, com sua própria ação, impulsiona, regula e controla seu intercâmbio material com a natureza”. (MARX, 2008a, p.211) ²⁰ Neste processo, verifica-se que o ar é impulsionado pelo ventilador, condicionado ou poluído; a água é purificada, canalizada, engarrafada e, por vezes, privatizada; a terra é irrigada, adubada, socializada. Nas atividades mais distantes do trabalho imediatamente produtivo, o gosto estético veste o corpo com tecido sintético, de seda ou algodão; o cientista movimentava partículas atômicas numa máquina de aceleração e um pensador relativista toma leite e come pão de trigo, antes de nos informar sobre a inexistência do real. ²¹

Childe demonstra que o antigo uso de barcos a vela é um avanço sobre a natureza, mas, também, sobre o avanço anterior que foi a canoa, utilizando-se do conhecimento dos ventos e das marés. (CHILDE, 1961, p.141) Braga demonstra que o desenvolvimento das experiências com a corrente elétrica e a possibilidade de sua condução nas formas de baterias são atividades que requerem conhecimento e controle dos fenômenos naturais e ampliam, imensamente, as possibilidades da reprodução do ser social. (BRAGA, 2007, p.149) Estes exemplos poderiam ser reproduzidos a perder de vista, o que importa é notar que nenhuma destas ações se põe a negar a natureza, mas a conhecê-la e reverter suas barreiras em possibilidade de desenvolvimento humano, ou seja, em capacidade de favorecer a reprodução das condições de existência do ser social. Assim, diz Marx, “o trabalho é o pai, mas a mãe é a terra. [...] o ouro e a prata saem das entranhas da terra como encarnação direta do trabalho.

²⁰ Diz Marx, nos *Manuscritos de Paris*, que “toda a assim, denominada história mundial nada mais é do que o engendramento do homem mediante o trabalho, enquanto vir-a-ser da natureza para o homem”. (MARX, Karl, 2008, p.114). Aqui, Marx ainda está muito próximo das categorias feuerbachianas do “sensível”, mas aproxima-se, gradativamente, da determinação histórica do trabalho. Logo, transformará este materialismo sensível em materialismo fundado na história.

²¹ Sobre as aventuras do relativismo, Childe (1977, p. 44) lembra uma história interessante: “Nas cavernas mais profundas, com a mesma segurança com que um bisão era reproduzido na parede da caverna, pelos golpes hábeis do artista, apareceria sem dúvida, um bisão real para que seus companheiros matassem e começassem. [...] Mas o ‘excedente’ que lhe era atribuído só podia ser obtido por que os campos de caça e os rios estavam bem dotados de animais e peixes”.

Daí a magia do dinheiro”, (MARX, 2008a. p.65e 117) mas, também, a magia do ouro, da prata, dos títulos de crédito e dos juros, que aparecem como riquezas em si mesmas. Como explica Lukács, este processo histórico da atividade do trabalho é um movimento de ”retroceso de los límites naturales”. (LUKÁCS, 2004, p.56)

Por isso, dirá Marx que “o trabalho, como criador de valores de uso, trabalho útil, é indispensável a existência do homem – qualquer que sejam as formas de sociedade –, é necessidade natural e eterna de efetivar o intercâmbio entre o homem e a natureza e, portanto, de manter a vida humana”. (MARX, 2008a, p.64) Quanto mais afastadas as barreiras naturais, mais o ser social encontra espaço para atividades que expressam suas capacidades e possibilidades em desenvolvimento, ainda que “jamais possa ser eliminado seu enraizamento nas bases ontológicas originárias”. (LUKÁCS, 2007, p.228) ²² A cada avanço do trabalho recuam o “peso e a gravitação” da esfera natural e surgem condições novas para agir, perceber, experimentar, sentir, em suma, um novo modo de ser. (NETTO, 2006, p.38) Ao afastar as barreiras naturais, o ser social atribui ao mundo o que lhe é próprio, suas qualidades, necessidades e possibilidades humanas. Quanto mais desenvolve sua atividade sobre a gravitação natural, mais o ser social faz humanas as condições naturais. Como diz Erich Fromm, “precisamente porque o objeto é uma expressão da realidade humana é que ele se torna humano”. (FROMM, 1971, p.66) Deste modo, continua Fromm, “a história aparece como história do desenvolvimento do ser social, como processo de humanização, como processo de produção da humanidade em sua própria auto-atividade”. (Id. Ibid. p.38) Marx lembra que a fome é sempre fome, “mas a fome que se satisfaz com carne cozida, que se come com faca ou garfo, é uma fome muito distinta da que devora carne crua, com unhas e dentes”. (MARX, 1978, p.110) Esta nova fome supõe um grau significativo de desenvolvimento das capacidades produtivas do trabalho e das necessidades sociais. Torna-se uma fome mais mediada, mais determinada pela atividade humana, uma fome mais humanizada e, por isso, mais livre. As formas complexas além do trabalho se expandem na base daquela “humanização” anterior. (ANTUNES, 2007, p.142) Necessidade e liberdade se relacionam em constante processo, na medida em que o ser social torna o mundo, e a si mesmo, um resultado humano.

²² A palavra “reco” qualifica uma determinação onde os limites naturais “nunca são inteiramente abolidos”. (HOLZ; KOFLER, 1969, p.121).

O ser humano primitivo que habita uma caverna, com uma fogueira e algumas ferramentas, desfruta do maior grau de humanização possível, pois usufrui do maior nível de riqueza e liberdade, em sua formação histórica. (CHILDE, 1977, p.33) No mesmo sentido, o ser humano do neolítico que faz marcas numa vara para contar as ovelhas do rebanho detém o nível mais alto do desenvolvimento da escrita dos números. Na suméria, as descobertas do sistema decimal e depois sexagesimal que permitem medir as grandes manadas e depósitos de cereais, levando a descoberta do signo zero, das frações, constituem as formas mais avançadas da matemática, aumentando a eficiência da contagem e possibilitam a extensão do comércio e da integração humana. (CHILDE, 1977, p.111) Os primeiros registros da escrita para controlar as despesas e receitas da produção do trabalho são avanços na linguagem e comunicação. As observações e registros das cheias do Nilo, “da qual dependia a colheita e os impostos”, permitiu cálculos sobre seu padrão de movimento, possibilitando a previsão da plantação, colheita, armazenamento, indicando inclusive um calendário de 365 dias, com mais um dia de tolerância. (CHILDE, 1977, . p.125) Em todos estes casos, o ser social humanizou suas condições de existência, tornando-se, ao mesmo tempo, mais rico e mais livre.

Por outro lado, o processo histórico de humanização, também, é marcado, em grande parte, por formas de “inumanidade”, simplesmente, porque não se trata de um desenvolvimento linear ou finalístico das condições humanas de reprodução. A existência da produção de um largo excedente e o avanço das necessidades disponibilizadas no horizonte, além da contínua e forte gravitação do *reino da necessidade*, o que inclui relações hostis com outras comunidades, tendeu a gerar hierarquização e relações de classe dentro das tribos, sendo as primeiras formas de antagonismos sociais, que se deram, paralelamente, ao desenvolvimento dos contínuos processos de humanização e liberdade – tais contradições são postas, hoje, como “aparentemente insolúveis”, (LUKÁCS, 2007, p.239) Marx explica que a necessidade estabelecida só pôde se desenvolver plenamente, expandindo sua potencialidade inicial, na medida em que parte significativa desta humanização se manteve, e ainda se mantém, na base da desumanidade. Esta “ruína” humana – como dizia Walter Benjamin – impulsionou as forças do trabalho, por um lado, na medida em que concentrou a riqueza e o excedente produzido, por outro. Como bem explicou Engels, a incipiência da capacidade produtiva impôs que o “desenvolvimento histórico só pudesse ocorrer desta forma

antagônica” (ENGELS, [s.d.], p.345), onde os avanços da liberdade, produto da humanização, sustentaram-se na base da inumanidade:²³

toda história, até hoje, havia-se desenvolvido sobre a base de antagonismos e lutas de classes, que houve sempre classes dominantes e dominadas, exploradas e exploradoras, e que a grande maioria dos homens esteve sempre condenada a trabalhar muito e aproveitar pouco. Por que? Simplesmente porque, nestas fases anteriores, a produção se encontrava ainda em estado tão incipiente que o desenvolvimento histórico só podia ocorrer por esta forma antagônica. Mas essa mesma concepção da história [...] leva também a convicção de que com as forças produtivas, tão gigantescamente incrementadas, desaparece, até o último pretexto, para a divisão dos homens em dominantes e dominados.²⁴

Por humanização Marx entende a ampliação da quantidade e qualidade de mediações que promovem a reprodução do ser social e a extensão das suas necessidades e possibilidades. Este desenvolvimento contínuo, baseado nas necessidades ampliadas, destrói continuamente os resultados anteriores que, como diz Marx, “embora belos, são economicamente limitados”. Se a processualidade histórica do ser social é marcada pela tendencial ampliação das suas forças e capacidades, de modo que a produção e reprodução da vida humana seja favorecida e ampliada, esta “síntese das atividades humanas” constitui, como diz Lukács, um movimento que podemos denominar de “progresso”. (LUKÁCS, 2007, p.239) Aqui, não se trata de instigar uma diversidade de julgamentos da mais variada ordem moral sobre a idéia de “progresso”, mas trata-se de verificar pela análise histórica se este avanço das possibilidades se deu de fato e quais são as condições sobre as quais pôde se reproduzir. Childe argumenta que podemos considerar legítima a pergunta acerca do que é o progresso. No geral, explica o autor, a história do desenvolvimento humano e seu progresso é, também, a história do “melhoramento no equipamento material”. (CHILDE, 1947, p.497) Se a análise histórica demonstrar que as suas escolhas e atividades ampliaram as possibilidades e capacidades do

²³ Importa apenas anotar para aqueles que eternizam as relações desumanas de classe como inerentes ao gênero humano, estas relações não ocupam mais do que uma décima parte da existência do último *homo sapiens*. Ver: Leakey, 1988.

²⁴ Engels [s.d.], p.346. Ainda, é importante notar que Engels explica os limites que levaram Marx a dizer, no *Manifesto Comunista*, que toda história existente é “história das lutas de classes”. Diz ele: “Isto é, toda história escrita. A pré-história, a organização social anterior a história escrita, era desconhecida em 1847”. (MARX, 2007, p.40).

ser social, se os anticépticos, vacinas, antibióticos, a morfina, o saneamento urbano, a água clorada, o asfaltamento, a energia elétrica etc, afastaram as barreiras naturais, permitindo ampliar a reprodução, do que os feitiços mágicos de sacerdotes, então, a constatação do progresso “se evidenciará”. (CHILDE, 1947, p.19)

Se a compreensão do progresso humano ficar restrita a julgamentos de ordem moral, submetida ao estado de ânimo das diversas opiniões existentes, a pesquisa ficará impossibilitada de realizar qualquer síntese proveitosa. Por exemplo, aqueles que foram beneficiados pelas usinas hidrelétricas ou nucleares tenderiam a dizer que houve progresso. Mas se teve a casa coberta de água ou um filho contaminado por radiação, dificilmente concordaria com a resposta anterior. Se gostar de velocidade e viagens poderia saudar os aviões e trens balas, mas se não sente desejo por aventuras e tecnologia, pode ser que seja tomado por uma saudade romântica de quando os tempos eram mais “calmos”. Como diz Gordon Childe, claro que se esquecerá dos “bichos no telhado, micróbios nas fontes, os bandidos, os recrutadores da marinha e exército [...]”. (CHILDE, 1947, p.11) Este tipo de problematização não poderia chegar a resposta científica alguma.

A constatação deste progresso das possibilidades de reprodução social e da liberdade humana, de modo algum, significa um movimento constante e ininterrupto em direção a algum destino preestabelecido. Como explica Adam Shaff, o progresso das possibilidades humanas está em “contradição com a espontaneidade da evolução histórica”. (SHAFF, 1967, p.164) Marx diz, claramente, que, “a história humana se distingue da história natural por termos feito uma e não termos feito a outra”. (MARX, 2008a, p.428) O que põe este processo histórico que tende a incidir em progresso é a necessidade reconhecida pelo ser social, a possibilidade da escolha entre alternativas favoráveis e ampliação das possibilidades de sua própria reprodução e não um conjunto de finalidades pré-estabelecidas dentro de uma história tornada mágica. Erich Fromm explica que, para Marx, a história “é o processo de criação do homem por si mesmo, pela evolução – no processo do trabalho – das potencialidades que lhe são dadas ao nascer”. (FROMM, 1963, p.33) A interpretação equívoca do pensamento de Marx acerca do progresso humano resulta das fortes tendências positivistas e evolucionistas que impregnaram a teoria social, bem como o pensamento político, na passagem do século XIX para o XX. Como explica Erich Fromm, o marxismo foi tomado por correntes teóricas como a evolucionista ou a “mecanicista-materialista” que domava a reação conservadora em

fins do século XIX. (FROMM, 1979, p.73) Como lembra Michel Lowy, “pode-se observar a presença ideológica das diferentes variantes do positivismo, não somente nas correntes chamadas revisionistas, mas no seio do próprio marxismo ortodoxo”. (LOWY, 1994, p.115)

É neste instante que o conjunto do pensamento de Marx e a sua proposta da realidade como “síntese de múltiplas determinações” é afastado de sua matriz teórico-analítica – como diz Lukács, de sua determinação “ontológica” –, para ser reerguido como um sistema epistemológico formal, um conjunto de regras que Marx teria deixado pronto para ser aplicado como uma fórmula metodológica – característica do positivismo – cuja expressão adquiriu o nome de “materialismo dialético”. José Chasin lembra que Kautsky resume o mérito científico de Marx, de modo a ter “situado a evolução social no quadro da evolução natural.” E continua: “(...) toda esta extravagante impropriedade é arrematada pela fervorosa invocação dos poderes mágicos do sacro nome da dialética”. (CHASIN, 2009, p.31) Sobre esta influência positivista, Konder (2009, p. 56) explica que

no início do século XX, duas correntes de pensamento (que as vezes se misturavam ecleticamente) exerciam poderosa influência na direção do movimento socialista. A teoria evolucionista, que concebia a sociedade como um organismo biológico, cujos movimentos eram uma espécie de prolongamento da natureza, e não dependiam decisivamente da iniciativa dos seres humanos; e o dualismo neokantiano que partia de uma contraposição praticamente insuperável entre sujeito e objeto, tornando extremamente problemática qualquer intervenção revolucionária efetiva da subjetividade no processo objetivo, ontológico, da transformação social.

O evolucionismo é imediatamente atribuído a Marx, subjugando a “unidade da diversidade” às influências dominantes do positivismo. Como diz Lowy, autores “neopositivistas” da segunda internacional “reivindicavam o marxismo e procuravam combinar, em um amalgama eclético, Marx e Herbert Spencer”. (LOWY, 1994, 117) Neste sentido dizia Enrico Ferri que, “o socialismo não é mais que um resultado lógico e vital a um só tempo do darwinismo e do evolucionismo spenceriano”. Outro teórico do socialismo italiano, Filippo Turati, submete o pensamento marxista aos dogmas do positivismo, dizendo que “é necessário ser sociólogo como um químico”. (FERRI; TURATI apud LOWY, 1994, p.118) Estas influências condicionaram amplamente as disposições e interpretações do pensamento de Marx, principalmente, onde ele não foi totalmente claro ou se expressou mais

com convicção política do que solidez teórica.²⁵ Lukács lembra que o próprio Engels, junto a grande parte da social democracia, interpretou o desenvolvimento da sociedade “do ponto de vista de uma necessidade lógica”. Esta necessidade não se subordinaria as determinações ontológicas do ser social – as suas formas de ser –, mas a uma forma de necessidade que pudesse reproduzir o dito “sentido da história”. Lukács afirma que a posição de Marx sobre a determinação da necessidade equivale a se dizer que “não se pode falar sobre a necessidade como se diz que dois mais dois são, necessariamente, quatro”. (LUKÁCS, 1999, p.107)

Ora, como se expôs até aqui, o fato de existirem determinações – necessidades e condições objetivas de existência – que condicionam as alternativas e escolhas, não estabelece para estas “causalidades” nenhuma superioridade histórica frente a tomada de decisões. Como explica Lukács, “é simplesmente um preconceito mecanicista naturalista afirmar que a causação de um complexo objetivo por outro possa emprestar ao causador uma superioridade ontológica valorativa”. (LUKÁCS, 2010, p.113)²⁶ Nenhum processo histórico pode estar previamente determinado porque é no plano da necessidade encontrada que as decisões que põem a história são formadas e tomadas, sobre as quais incide inclusive o acaso, o imprevisto. Marx afirma que, “a história seria de natureza acentuadamente mística se os acasos não desempenhassem nela nenhum papel”. (MARX apud KONDER, 2009, p.72) Se o plano do desenvolvimento histórico é colocado fora ou além das decisões possíveis de serem tomadas, a história se perde numa clara mistificação fantasmagórica, o que Marx justamente denunciava. Como ele dizia, ironicamente, “essas relações constituem assim leis naturais, independentes da influência do tempo. São leis eternas que deverão governar para sempre a sociedade. Assim, houve história, mas já não há”. (MARX, [s.d.], V1, p.328) Neste sentido,

²⁵ Uma das teses a que me refiro é: “A produção capitalista gera sua própria negação com a fatalidade de um processo natural”. (MARX, 2008a, p.877). A afirmação está pautada mais nas possibilidades da organização do trabalho e no otimismo de Marx quanto ao desenrolar dos processos revolucionários, do que em qualquer fundamento teórico que relacione a história social com a história natural. Este reducionismo é forçado pelas influências conservadoras dos métodos positivistas que subjugarão o pensamento universal e totalizante de Marx. É sobre esta interpretação pauperizada do pensamento de Marx que as teorias pós-modernas se debruçam para fazer sua “leitura” de Marx. O professor Boaventura explica assim, a concepção histórica de Marx: “Marx formulou uma nova teoria da história, nos termos da qual as sociedades evoluem necessária e deterministicamente ao longo de várias fases. (...) As críticas que lhe tem sido feitas incidem no seu determinismo e evolucionismo e, por outro lado, no seu reducionismo econômico”. (SANTOS, 1995, p.36).

²⁶ No pensamento burguês é justamente isto o que ocorre: o complexo moral, subjetivo é ontologicamente superior ao mundo ao qual se opõe, e este mundo é apenas reflexo das vontades desta consciência racional objetivada, seja na forma do poder, do desejo, da comunicação, da vontade de potência, seja nas leis econômicas referentes a “confiança” dos investidores, dos consumidores etc.

se cada decisão abre um campo de necessidades e possibilidades, podem, também, abrir um campo de impossibilidades e fatalmente levar a um engessamento de escolhas que favoreçam o recuo das barreiras naturais e que, pelo contrário, as façam avançar sobre o ser social. Se o que está em questão é a capacidade de decisão, o contrário do progresso é completamente possível – e não inédito –, onde escolhas determinadas sobre possibilidades estabelecidas podem levar ao retrocesso do humano ou ao próprio fim do ser social.²⁷ Como diz Marx, a luta histórica entre as classes pode terminar com a transformação revolucionária ou “pela destruição das duas classes em conflito”. (MARX, 2007, p.40)²⁸

A perda da particular processualidade histórica do ser social, por aqueles que compartilham do ponto de vista da economia burguesa, mistifica não apenas as possibilidades abertas pela história humana – normalmente, junto da reafirmação cética do presente histórico burguês –, mas a própria ideia de “natureza humana” tomará a forma finalizada e solidificada nas relações sociais imediatas do capitalismo – legitimando-as. O ser social, como explica a

²⁷ Benjamin já havia feito esta denúncia na bela imagem do Anjo da História, que consegue ver o passado como um amontoado de ruínas, onde a social-democracia, carregada de idealismo histórico, só podia ver as grandes conquistas do “indivíduo burguês” em direção ao futuro prometido - garantindo o determinismo histórico. (BENJAMIN, 2008, p.226). Ainda, “Seu prenúncio trágico parece anunciar Auschwitz e Hiroshima, as duas grandes catástrofes da história humana, as duas destruições mais monstruosas que vieram coroar o amontoado que ‘cresce até o céu’”. (LOWY, 2005, p.87). É importante notar que o entendimento de Benjamin sobre o progresso é diferente do exposto no texto presente. Para ele é uma “tempestade” que deixou amontoados de ruínas e desumanização pela história. Na época, a ideia mecanicista e reacionária do progresso dominava os meios intelectuais e políticos, contra os quais Benjamin lutava, impedindo que se debruçasse sobre o conceito de progresso aqui exposto. (LOWY, 2005, p.93).

²⁸ A teoria de Marx acerca da história humana, feita pelo ser social, denunciando suas imensas capacidades, obviamente, não poderia deixar de “instigar reducionismos” das mais diversas tendências. Por exemplo, afirma Pierre Rosanvalon que Marx supõe que a “naturalidade” da economia garantirá a simplicidade das relações pessoais. A história, para Marx, ficará “arrematada” pela “ordem natural”. (ROSANVALON, 2002, p.67). Aprendemos com Rosanvalon que, para Marx, a sociedade se transformaria em “dom e comunicação”. O autor reduz a determinação ontológica do trabalho a uma fenomenologia do “mercado”, que ele constata num empirismo histórico. Para ele, continuando a saga, esta “transparência social” contém em si o “totalitarismo”, na medida em que esta sociedade racionalizada e administrada suprime os formais valores democráticos burgueses, que Marx devia ignorar, pois – e aqui o auge – possuía, como modelo de relação social, a “família”. (ROSANVALON, 2002, p.240). Elegi este momento como auge, porque demonstra o mais completo desconhecimento da concepção histórico-social de Marx. A própria família, que Rosanvalon pensa ser “modelo social” para Marx é, para este, reprodução patriarcal que dá fundamento e autoridade aos valores morais burgueses. A abolição da propriedade privada erige como problema central a transformação completa da forma social da família patrilinial ou de caráter patriarcal, bem como, por consequência, das relações familiares como conhecidas, hoje. (MARX, 2008, p.55). O que é real para Rosanvalon é a luta “democrática” entre a lei geral da acumulação do capital e as massas desiguais, que disputam os fragmentos do imenso excedente produtivo. A luta dos seres humanos que trabalham por uma libertação real das suas condições de vida, pela totalidade do produto de seu trabalho social, é uma “utopia”, um conjunto de sonhos ou de equívocos. Procura-se a promoção das liberdades capitalistas como “reais” e não “utópicas”, quando este real é, na maior parte, apenas a negação mascarada das possibilidades de liberdade abertas pela história. Ou, como diria Drummond, “é sempre o mesmo engano noutra retrato”. (ANDRADE, 1967, p.281).

Agnes Heller marxista, é produto da sua história e não aquilo que “sempre esteve presente na humanidade”. (HELLER, 2008, p.15) Uma natureza humana desligada da história do ser social é tanto um fantasma quanto o é uma necessidade ou uma liberdade desenraizada das relações concretas. Ao reduzir as barreiras naturais e se humanizar, o ser social transforma as condições de existência e com ela seus conhecimentos, habilidades pessoais, sua sensibilidade física e emocional (LESSA, 2007, p.39), transformando a totalidade de seu ser. Ao fazê-lo, explica Marx, o ser social “modifica sua própria natureza”. (MARX, 2008a, p.211) No ser social, a natureza torna-se humanizada e pluralizada, vindo a ser natureza humana, como diz Lewis, “no mais alto grau de vivacidade, em estágio desenvolvido e ativo”.

O que se chama de natureza humana ou essência humana, para o pensamento de Marx, é o resultado do conjunto de objetivações e capacidades tornadas possíveis num dado momento histórico, que geram no ser social uma totalidade de necessidades que devem ser suprimidas para sua reprodução cotidiana e que ensejam, em grande parte, a superação desta própria condição. Essa natureza humana, diz Karel Kosik, é “a unidade da objetividade e da subjetividade” presente em cada formação histórica e social onde, cada momento destes, representa uma síntese de múltiplas necessidades e possibilidades, “não redutíveis a realidade natural”. (KOSIK, 2002, p.127) É de uma pobreza epistêmica incrível – para não falar de sua finalidade apologética – querer estabelecer uma natureza humana que seja estática e imóvel, que exista fora dos processos históricos sociais. Apesar da natureza se tornar, com o ser social, uma natureza humanizada, consciente, não há de se fazer confusão entre natureza e natureza humana, como o fazem mesmo alguns marxistas. Krader afirma que “Marx tornou própria a tese evolucionista, não porque ela abordasse a história natural a luz da história humana, mas porque sua aplicação torna possível subsumir a história humana à história natural, dando, assim, fundamento a teoria materialista”. (KRADER, 1983, p.281) Ora, esta afirmação é contrária a tudo o que o processo histórico do ser social demonstrou, até aqui. O materialismo não se fundamenta numa pretensa “objetividade naturalista”, que pauta a história natural e social pelas “mesmas leis”, como diz Krader.

Este tipo de equívoco teórico é justamente o que leva o pensador a deturpar e naturalizar uma série de categorias, como, por exemplo, a categoria da alienação. A alienação é um produto social, não natural. Explica Mészáros que “a alienação surge com o divórcio entre o indivíduo e o social [...]”. (MÉSZÁROS, 2006a, p.162) Mas como Krader eleva as leis

do movimento humano as da natureza, equiparando-as para fundamentar seu “materialismo”, a categoria da alienação passa a explicar a relação homem e natureza, também. Como ele diz, “a alienação primária do homem em face da natureza, causada pelo seu trabalho (...), que é a real e efetiva condição do homem no cosmos”. (KRADER, 1983, p.264) O passo seguinte fica facilitado e o pensamento burguês pode condicionar a “natureza humana” a uma alienação naturalizada, onde ficaria difícil sustentar a possibilidade da sua superação.

Mas, por vias comuns, o que ocorre em relação a “natureza humana” é justamente a velha inversão da criatura tornada criador. Com a natureza humana desistoricizada, Marx diz que “os homens e suas relações aparecem de cabeça para baixo, como em uma câmera escura”. (MARX, 2007, p.19) Como o modelo de análise, normalmente, é empirista ou fenomenológico – no geral, extremamente imediatista –, as condições observadas aparecem na forma de conjuntos que descrevem, no âmbito da teoria e da compreensão, o mal-estar geral, material e espiritual, observado nesta imediatividade social. Como os processos não são reconhecidos historicamente como produção das escolhas possíveis entre necessidades e possibilidades, o mal-estar não aparece como produto de uma forma de produção social particular, mas como produto de uma eternizada “natureza humana”, explicitada no cotidiano imediatamente tomado. Disto, apenas se pode concluir que habita numa pretensa “natureza” do ser social a essência do mal-estar, que acaba por uniformizar uma criança jogada nas ruas de uma metrópole a um especulador da bolsa como detentores desta mesma e idêntica “natureza humana” maléfica. Como já explicara Marx, a natureza humana ou a essência do ser social, “não é uma abstração inerente ao indivíduo. Ela é o conjunto das relações sociais”. (Id, Ibid, p.101)²⁹ O mesmo tipo de raciocínio sustenta grande parte do pensamento jurídico que amarra a forma jurídica a uma forma naturalizada e trans-histórica, relativa a toda forma de orientação social. Como o modelo tem, na maioria das vezes, caráter fenomenológico ou positivista – sempre imediatista –, acaba por supor a propriedade duma certa “essência” natural nos fenômenos que observa empiricamente, tratando-os como se eles fossem eternos e imutáveis, perdendo inclusive suas estruturas contraditórias.

²⁹ Tais concepções da natureza humana, também, encontram fundamentos em outros lugares, que não o mero equívoco teórico: “Talvez essa resistência seja motivada pelo fato de que a aplicação da ciência ao futuro desenvolvimento social signifique a chegada do socialismo, com o inevitável fim da sociedade de classes e dos privilégios econômicos”. (LEWIS, 1972, p.91).

Abre-se, então, para os teóricos descompromissados com a exploração humana, a possibilidade concreta de se perguntar – sem fazer disto uma súplica moralizante – quais são, hoje, as alternativas possíveis de serem tomadas entre as necessidades e possibilidades alcançadas? O método burguês apela nuns casos para o ceticismo e noutros ao coração, enquanto o método de Marx pergunta sobre as possibilidades concretas de produzir – e isso apenas é possível pelo desenvolvimento humano, com o progresso das capacidades produtivas – “as condições materiais para a solução do antagonismo” social. (MARX, 1978, p.130)

4. Conclusão

Dentro da proposta narrada na introdução, procurou-se verificar, a partir da análise histórica, que ao ampliarem as forças de objetivação da vontade, a partir da necessidade produtiva posta, os instrumentos de trabalho e a capacidade produtiva se tornaram decisivos para o desenvolvimento de outras objetivações, não mais produtivas, mas afastadas da atividade do trabalho. (MARX, 2008a, p.581) A necessidade inicial de colher, caçar e raspar se amplia, gradativamente, para outras necessidades como pintar, rezar, cantar, tocar, como, do mesmo modo, viu-se que ao se desenvolverem aquelas atividades produtivas, ampliam-se as atividades artísticas, científicas, religiosas, entre outras. Verificou-se que este movimento mais inicial entre o *reino da necessidade* e necessidades ampliadas e diversificadas é, como a teoria social de Marx propõe, um exercício de liberdade. (MARX, 2007, p.22) Ao mesmo tempo, a capacidade produtiva do ser social apareceu assumindo a determinação do “momento predominante” desta realização, na medida em que todo desenvolvimento da necessidade se dá em face das possibilidades geradas pela reprodução material. Neste desenvolvimento da liberdade, verificou-se que o ser social realizou o afastamento das barreiras naturais, reduzindo o peso da gravitação natural sobre si.

O resultado deste afastamento é que o ser social fez das condições de existência que criou um resultado próprio, um resultado humano. A humanização, vista pelo processo histórica, perde a forma moralizante, passando a valer como resultado concreto de desenvolvimento de possibilidades humanas. Isso enriquece a teoria no sentido da sua força, inclusive, crítica, pois coloca o problema da humanização e da liberdade – que é seu fim – fundado e problematizado sob bases concretas, que remetem a liberdade às condições

objetivas e materiais de sua realização, ao conjunto de possibilidades e capacidades dadas e amarradas ao imperativo da *apropriação*, eliminando o imperativo moralista, onde a humanização e a liberdade aparecem como derivações do “acordo” moral, “voluntário”, extremamente subjetivista e abstrato – e, por isso, irrealizado. É possível concluir que, na incipiência dos processos produtivos iniciais e seu desenvolvimento, pelo baixo nível das forças produtivas, a própria desumanidade é um resultado daqueles processos de humanização. É necessário estabelecer pela análise histórica que a desumanidade está amarrada a incipiência dos processos produtivos, a exploração de classes, em suas diversas formas históricas, como *necessidade* determinada por aquelas condições e não uma determinação violenta “natural” – como tão convenientemente é narrada pelos apologistas da perpetuação da violência e exploração. A desumanização como decorrência dos próprios processos humanizantes não é uma contradição insuperável, mas uma contradição deles decorrentes e plenamente superável pelo estabelecimento de processos que estabeleçam novas relações sociais de produção – como se tentará demonstrar no quarto texto dedicado a esta contribuição para uma “ontologia da liberdade”.

A análise destes processos históricos pautados nas escolhas possíveis entre alternativas disponíveis demonstrou uma tendência ao aprimoramento das condições de reprodução social, o que se chamou de tendência para o progresso destas condições. Isto implica, também, em concluir que não é possível reduzir a história do ser social a história natural, como por vezes se faz, na medida em que as determinações que fazem a história humana são postas pelas escolhas tornadas possíveis, o que não se dá na natureza – regida puramente por processos casuais. Do mesmo modo, verificou-se que não existe “natureza humana” a-histórica, mas o que se entende por “natureza humana” se trata do conjunto de objetivações, de possibilidades e necessidades geradas num determinado instante histórico. (MARX, 1991, p.1005) Do contrário, as formas de abordagem teórica que procuram fundar a relação social sob um ente “natural”, um ser a-histórico que antecede as próprias condições sociais, encobrem as possibilidades de liberdade abertas pela atividade histórica, eliminando a relação processual existente entre *reino da necessidade* e *reino da liberdade*, conduzindo a compreensão de uma história naturalizada, dotada duma existência que se quer paradoxal onde não se pode saber donde ou como tal condição aparece na relação social, daí sua característica “fantasmagórica”. Tal “leitura” histórica naturalizante tem interesses diretos, não nalguma

correção acerca das relações entre necessidade e liberdade, mas, “stritu sensu”, especialmente conciliatórios e apologéticos da ordem social contemporânea, ou seja, em face das necessidades de reprodução da lógica do capitalismo.

Referências:

- ALTHUSSER, Louis. *A Polêmica sobre o Humanismo*. Lisboa. Editorial Presença, 1967.
- ANDERSON, Perry. *A Crise da Crise do Marxismo*. São Paulo. Brasiliense, 1983.
- ANDRADE, Carlos Drummond. *Fazendeiros do Ar*; In: *Obra Completa*. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1967.
- ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. São Paulo. Boitempo, 2007.
- BENDASSOLLI, Pedro Fernando. *O Ethos do trabalho: Sobre a Insegurança Ontológica na Experiência atual com o trabalho*. Tese de Doutorado. São Paulo. USP, 2006.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o Conceito de História, Tese 9. In: _____. *Obras Escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*. Brasiliense. São Paulo, 2008.
- BERNAL, John D. *Historia Social de la Ciencia, VI: La Ciencia en la Historia*. Barcelona. Península, 1964.
- CARROL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2010.
- CHILDE, Gordon. *O homem faz-se a si próprio*. Cosmos. Lisboa, 1947.
- _____. *Evolução Social*. Zahar. Rio de Janeiro, 1961.
- _____. *O que Aconteceu na História*. Rio de Janeiro. Zahar, 1977.
- ENGELS, Friedrich. *Do Socialismo Utópico ao Socialismo Científico*. São Paulo. Centauro, 2005.
- _____. *Sobre o Papel do Trabalho na Transformação do Macaco em Homem*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas 2*. São Paulo. Editora Alfa-Ômega, [s.d.].
- FREderico, Celso. *O Jovem Marx: as origens da Ontologia do ser social*. São Paulo. Expressão Popular, 2009.
- FROMM, Erich. *Contribuição de Marx para o conhecimento do homem*; In: FROMM, Erich. *A Crise da Psicanálise*. Rio de Janeiro. Zahar, 1971.

- GOETHE, J. W. *Fausto*. São Paulo. Círculo do Livro, V1, [s.d.].
- HOLZ, Hans H; KOFLER, Leo. *Conversando com Lukács*. São Paulo. Paz e Terra, 1969.
- HOMERO. *Odisséia*. São Paulo. Abril, 1978.
- KONDER, Leandro. *Marxismo e Alienação*. Rio de Janeiro. Zahar, 1965.
- _____. *Derrota da Dialética*. São Paulo. Expressão Popular, 2009.
- _____. *Lukács*. Porto Alegre. L&PM, 1980.
- KURY, Mário da Gama. *Introdução*; In: ÉSQUILO. *Prometeu acorrentado*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2009.
- LAFARGUE, Paul. *Reminiscências de Marx*. In: FROMM, Erich. *Conceito Marxista de Homem*. São Paulo. Zahar, 1979.
- LEAKEY, Richard. *Origens*. São Paulo. Melhoramentos, 1982.
- _____. *O Povo do Lago: O Homem, sua origem, natureza e futuro*. Editora UNB, Brasília, 1988.
- LENIN. *Materialismo e Empirocriticismo*. Estampa. Lisboa, 1971.
- LESSA, Sérgio. *Para Compreender a Ontologia de Lukács*. Ijuí. Editora Unijui, 2007.
- LEWIS, John. *O Homem e a Evolução*. São Paulo. Paz a Terra, 1972.
- LOWY, Michel. *Aviso de Incêndio*. Boitempo. São Paulo, 2005.
- LUKÁCS, Georg. *A autocrítica do marxismo*. Temas de ciências humanas 4. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978a.
- _____. *As Bases Ontológicas do Pensamento e da Atividade do Homem*. Rio de Janeiro. Editora UFRJ, 2007.
- _____. *Introdução a uma Estética Marxista*. São Paulo. Civilização Brasileira, 1978.
- _____. *O Jovem Marx e outros escritos*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007a.
- _____. *O Jovem Hegel*. In: *O Jovem Marx e outros escritos*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007b.
- _____. *Ontologia del Ser Social: El Trabajo*. Buenos Aires. Herramienta, 2004.
- _____. *Pensamento Vivido: Autobiografia em Diálogo*. Viçosa: Editora UFV, 1999.

- _____. *Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social*. São Paulo. Boitempo, 2010.
- MARCUSE, Herbert. *Razão e Revolução*. São Paulo. Paz e Terra, 2004.
- MARKUS, Gyorgy. *Marxismo y Antropologia*. Barcelona. Grijalbo, 1974.
- MARX, Karl. *18 Brumário de Luis Bonaparte*. São Paulo. Paz e Terra, 2002.
- _____. *A Ideologia Alemã*. São Paulo. Martins Fontes, 2007.
- _____. *A Sagrada Família*. São Paulo. Boitempo, 2009.
- _____. *Crítica do Programa de Gotha*. São Paulo. Alfa-Ômega, [s.d.].
- _____. *Grundrisse*. London. Penguin Books, 2005a.
- _____. *Manifesto Comunista*. São Paulo. Boitempo, 2007.
- _____. *Manuscritos Econômicos Filosóficos*. São Paulo. Boitempo, 2008.
- _____. *Miséria da Filosofia*. São Paulo. Centauro, 2006a.
- _____. *O Capital, L1, V1 e V2*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2008a.
- _____. *O Capital, L3, V4*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1974.
- _____. *O Capital. L3, V6*. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1991.
- _____. *Para a Crítica da Economia Política*; In: MARX, Karl. *Os Pensadores*. São Paulo. Abril, 1978.
- _____. *Sobre Proudhon*; In: MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas, VI*. Alfa-Ômega, [s.d.].
- _____. *Trabalho Produtivo e Improdutivo*; In: ANTUNES, Ricardo. *A Dialética do Trabalho: escritos de Marx e Engels*. São Paulo. Expressão Popular, 2004.
- _____. *Troca, Igualdade e Liberdade*. Temas de ciências humanas 3. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978b.
- MERANI, Alberto. *A Conquista da Razão*. São Paulo. Paz e Terra, 1972.
- MÉSZÁROS, Istvan. Marx “Filósofo”. In: HOBBSBAWM, Erich. *História do Marxismo*. São Paulo. Paz e Terra, 1983.
- MÉSZÁROS, István. *Teoria da Alienação em Marx*. São Paulo. Boitempo, 2006^a.
- NAVES, Márcio Brilharinho. *Marxismo e Direito*. São Paulo. Boitempo, 2008.

NETTO, José Paulo. *Possibilidades Estéticas em História e Consciência de Classe*. São Paulo. Temas de Ciências humanas 3. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978.

_____. *Capitalismo e Reificação*. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.

_____. *Posfácio*; In: COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. São Paulo. Expressão Popular, 2010.

ROBINSON, Joan. *Liberdade e Necessidade: Uma introdução ao estudo da sociedade*. Rio de Janeiro. Zahar, 1971.

ROSANVALON, Pierre. *O Liberalismo Econômico*. Bauru. Edusc, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um Discurso sobre as Ciências*. Cortez. São Paulo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo. Cortez, 1995.

VIRGÍLIO. *Aeneis: Eneida*. Círculo do Livro, [s.d.].

ZAIDAN, Michel. *Crise da Razão Histórica*. Campinas. Papirus, 1989.

RELAÇÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE, IGUALDADE E JUSTIÇA: DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE E SUAS RESTRIÇÕES

*Marcus Vinicius Ribeiro*¹

Resumo

Este texto procura motivar a discussão sobre as relações entre os princípios da liberdade, igualdade e justiça. Após exame do direito constitucional à liberdade e suas restrições, é questionada a possibilidade de conciliar a liberdade com a igualdade.

Palavras-chave: liberdade, igualdade e justiça.

Abstract

Relations between the principles of liberty, equality and justice: constitutional right to liberty and yours restrictions.

This paper tries do motivate the discussion about of the relations between the principles of liberty, equality and justice. After examination of the constitutional right to liberty and yours restrictions, is questioned the possibility of reconciling the liberty and equality.

Key Words: liberty, equality and justice.

1. Introdução

O Direito é um conjunto de normas criadas pelo homem para organizar e possibilitar o convívio pacífico entre os indivíduos na sociedade.

No estágio atual da evolução do sistema jurídico, as normas infra-constitucionais só são válidas se estiverem de acordo com a Constituição, que é a lei maior.

¹ Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Defensor Público do Estado de São Paulo. Professor Doutor Titular do Programa de Mestrado em Direito da Unib. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) e da Uninove.

Com efeito, na Constituição, há a ordenação sistemática e racional da comunidade política, na qual ocorre a organização do Estado, são garantidos os direitos fundamentais, além da divisão e regulamentação do exercício do poder.

Existem constituições rígidas e flexíveis. Uma constituição é definida como flexível quando nenhuma forma especial é prevista para sua modificação. Nela pouco se difere, por esta consequência, o procedimento legislativo de alteração constitucional do ordinário. Por outro lado, a constituição é dita rígida quando a modificação exige um procedimento diferenciado para sua modificação, com necessidade de um *quorum* qualificado. Podem ser, de outra parte, escritas ou costumeiras. Há constituição escrita quando as regras relativas ao governo do Estado são expressas em um documento, um texto fundamental. A redação apresenta a vantagem da precisão e garantia contra a arbitrariedade do poder. Por seu turno, a constituição é considerada costumeira quando a organização do Estado resulta de práticas, de tradições consagradas por usos consideráveis, possuindo força jurídica.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 5º. está previsto que *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...*

Entretanto, o que deve ser considerado liberdade?, é possível a conciliação da liberdade com a igualdade? Existe limites para estes princípios constitucionais? Em caso positivo, quais são e qual o critério para estabelecê-los?

Pois bem, o objetivo deste trabalho é contribuir para a resposta destes questionamentos. Para a sua consecução, os objetivos específicos são delineados da seguinte forma: introduzir um pensamento sistemático do Direito; examinar o princípio da liberdade e sua aplicação; abordar um breve conceito de Justiça e apresentar algumas conclusões.

A metodologia selecionada para a realização deste estudo foi a pesquisa bibliográfica de literatura nacional e estrangeira, e o método utilizado será predominantemente dedutivo, mas com uso, igualmente, da indução e da intuição.

2. Ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico é um sistema de princípios e regras jurídicas metodologicamente organizado. Norberto Bobbio² afirma que, do ponto de vista formal, *uma norma é uma proposição*; um código e uma Constituição, *são um conjunto de proposições*. Neste passo, segundo o autor, por proposição é entendido *um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade*.

As normas jurídicas, que se dividem em princípios e regras, estão organizadas sistematicamente, e todos os institutos jurídicos e previsões normativas formam uma grande unidade concatenadamente organizada.³ A escolha feita pelo jurista do método a ser utilizado não é, entretanto, totalmente desprovida de valor. Ao interpretar uma norma ou ao escolher um método para o sistema, é evidente que o jurista faz uso de pré-compreensões e a ideologia encontra-se presente, mesmo que inconscientemente. Mas é evidente, outrossim, que ele, ao argumentar, terá de justificar razoavelmente sua escolha para dar legitimidade a ela.

2.1. Norma jurídica: princípios e regras

Metodologicamente, o direito deve ser visto como um sistema normativo aberto que compreende princípios e regras. As normas jurídicas completam-se no momento de sua aplicação ao caso concreto.⁴ Devido a isto, pode ser considerado um sistema aberto de normas. Robert Alexy⁵ afirma que a abertura no sistema jurídico é provocada pelos direitos fundamentais, mas adverte que não se trata de uma abertura no sentido da arbitrariedade de uma decisão, visto que a base do sistema apresentado pelas regras acarreta certa firmeza, mas, na aplicação das normas ao caso concreto, pela argumentação, o jurista pondera os valores protegidos pelo direito, que são refletidos nos princípios, para chegar a uma decisão justa.

² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, Bauru: Edipro, p. 72-73.

³ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996. p. 10.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 72-73.

⁵ ALEXEY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 553.

Para Norberto Bobbio⁶, normas jurídicas são proposições prescritivas, sendo que por proposição é considerado o *conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade*, cuja forma mais comum é a que, na lógica clássica, denomina-se *juízo*.

Tendo em vista que as normas jurídicas podem ser divididas em princípios e regras, convém uma diferenciação entre ambas as modalidades. O termo *princípio* tem várias acepções: pode ser o início de algo ou os valores em que alguma coisa se funda. No direito, os princípios tanto são os valores superiores em que o ordenamento jurídico se baseia, quanto seu ponto de partida, ou seja: as regras devem fundar-se nos princípios, que são extraídos da repetição das ideias contidas nas regras de todo o ordenamento, Forma-se, assim, uma verdadeira microfísica.

José Afonso da Silva⁷ argumenta que princípios *são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas*. Por isso, constituem critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do direito, além de serem úteis no processo de suprimento das lacunas legais e obrigarem todo ordenamento positivo a segui-los. São normas jurídicas de um grau de generalidade relativamente alto, ao contrário das regras que são mais específicas. Eles expressam ideais a serem buscados pelo direito e a origem na qual a lei inspirou-se.

Robert Alexy⁸ destaca que os princípios estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, pois são *ordens de otimização*. São sempre razões *prima facie* e não definitivas.

Os princípios formam-se quando a doutrina, ao estudar o sistema jurídico, identifica certos valores cuja proteção repete-se com certa frequência. O legislador, ao elaborar novas leis, utiliza os conceitos e estudos da doutrina (que os estudou e os identificou) e, desse modo, eles retornam à legislação, algumas vezes de forma expressa e outras de maneira implícita. A lei os incorpora e a jurisprudência utiliza-os como argumentos principais transformando-os, então, nos valores fundamentais do Direito, vez que são, ao mesmo tempo, fonte e o ideal a ser atingido pelo sistema jurídico.

Pode-se afirmar que, remotamente, todos os princípios decorrem de um valor fundamental, que é a dignidade da pessoa humana, porque, como se sabe, o direito só existe

6 BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 72-73.

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 85.

8 ALEXY, Robert. Op. cit. p. 86 e 101.

em razão do homem e para que ele possa viver em paz na sociedade. Em consequência disso, surgem outros princípios básicos, como os da liberdade, igualdade e justiça (os demais podem ser considerados como decorrência desses todos).

Ressalta-se, contudo, que o modo de identificação e formação dos princípios jurídicos pode variar em cada caso, além de que uns encontram-se estampados de forma expressa e outros somente são extraídos através de uma interpretação sistemática. Mas, estes fatores não interferem em sua eficácia.

Na complexa subdivisão de princípios identificados ou identificáveis, percebe-se que, em certos casos, eles relacionam-se apenas de forma remota. Alguns chegam a ser contraditórios e somente com cessões mútuas chega-se ao verdadeiro objetivo do ordenamento jurídico, que é o da proteção do valor fundamental já referido: a dignidade da pessoa humana. Portanto, mesmo que eles não se formem ou não se identifiquem da mesma maneira, estes têm, remotamente, a mesma origem e meta a ser atingida.

Walter Claudius Rothenburg⁹ expõe *que os princípios são dotados de alto grau de abstração, o que não significa impossibilidade de determinação*. Também são dotados de ampla carga valorativa e, por serem mais abstratos, aplicam-se a um número indeterminado de situações, ao contrário das regras que, mesmo possuindo certa carga de valores, essa não é tão intensa quanto nos princípios. Além disso, por serem mais específicas as hipóteses de aplicação, são mais facilmente identificáveis. Deve-se advertir, porém, que apesar de princípios e valores estarem estreitamente relacionados, pois os primeiros transmitem os derradeiros ao ordenamento jurídico, eles não se confundem. Enquanto aqueles pertencem ao campo deontológico (o que deve ser), os valores estão no nível axiológico (não o que deve ser, mas o que é bom).¹⁰

Nas regras, por sua vez, ocorre a lógica do "tudo ou nada", ou seja: ou elas são aplicáveis ou não. Se forem contraditórias ocorrerá uma antinomia e uma das regras será considerada inválida.

Ao contrário, a convivência dos princípios é conflituosa. Eles coexistem, mas deve-se examinar a importância de cada bem jurídico posto em jogo e determinar até onde cada um irá ceder sem descaracterizar totalmente o outro. Dessa forma, a proporcionalidade aparece como

⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. p. 17.

¹⁰ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 141.

um método para solucionar aparentes conflitos entre princípios, sendo que neles não ocorrem antinomias.

Alguns autores identificam a proporcionalidade como um princípio implícito no sistema jurídico. Todavia, isso implicaria aceitar sua relativização, sendo que inexistem princípios absolutos. Destarte, melhor considera-la como método para aplicação do direito, para que sua aplicação não sofra restrições.

2.2. Princípios gerais do Direito e sua formulação constitucional

Em que pese reconhecer a existência de posicionamentos que distinguem valores fundamentais e princípios gerais do direito, Joaquim Arce Florez-Valdes¹¹ identifica ambas as expressões como sinônimas e utiliza-as indistintamente. Para o autor, princípios são os valores superiores (meta, fim) e o ponto de partida de onde se origina o ordenamento jurídico. Princípios gerais do direito são as ideias fundamentais em que ele se baseia. No passado, com posicionamentos positivistas, chegava-se a defender que os princípios gerais do direito eram fonte subsidiária do ordenamento jurídico e, por isso, havia razão na diferenciação, mas atualmente ela não permanece.

O autor defende que os princípios, ainda que nem sempre apresentem estrutura de normas jurídicas, ao mesmo tempo em que identificam os valores fundamentais nos quais a legislação se baseia e aos quais deve obedecer, também servem como instrumento e diretriz para a interpretação e orientação nos casos duvidosos.

Ao determinar os princípios gerais do Direito localiza-se as ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica e, neste sentido, a noção de valor e princípio se confunde. A respeito, os valores superiores buscados (ou princípios gerais do direito) são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal, sendo que os demais são decorrência desse reconhecimento. A dignidade da pessoa humana não é mera consequência ou reflexo do ordenamento jurídico, ao contrário, tem uma existência prévia a ele.

11 FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. p. 93-163.

Florez-Valdez¹² omitiu o pluralismo político como valor fundamental por entender que este se trata de uma derivação da liberdade. Aliás, acrescenta-se que todos os demais princípios do direito também são derivações de um destes e, sempre, ao menos remotamente, da dignidade da pessoa humana.

3. Direito à Liberdade

Liberdade significa a independência do ser humano, a autonomia do homem e a ausência de submissão. É o direito ao livre arbítrio, de agir conforme sua vontade e com possibilidade de escolha.

Mas a liberdade absoluta não existe, pois tal ideia utópica implicaria no anarquismo. Isto porque, se qualquer um pudesse agir com total liberdade e sem qualquer restrição, a liberdade das outras pessoas acabaria sendo atingido. Desse modo, a liberdade, para o homem em sociedade, é a de se submeter ao que tenha sido estabelecido no pacto social.

Nesta linha, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, afirma que *como o limite da liberdade é o contrato social, ou o conjunto de leis de uma nação, estas leis têm que ter uma forte dose de legitimidade, isto é, um reconhecimento de todos, porque é nela que se assenta o poder de limitar a liberdade de cada um.*¹³

A liberdade, assim, é um fundamento da democracia. A regra é a liberdade, a restrição dela é exceção. O indivíduo é livre desde que não atinja a liberdade ou outros direitos alheios. O movimento que a idealizou foi chamado de liberalismo, que defendia ser a ela o mais importante de todos os direitos. Entretanto, a concepção de liberdade dos democratas é diferente da dos liberais.

Com efeito, John Stuart Mil, com uma concepção de Estado liberal, entendia que os indivíduos ou grupos de indivíduos deveriam poder agir sem encontrar qualquer limite por parte do Poder Público. Por seu turno, Alexis de Tocqueville, igualmente liberal, também acreditava que, acima de qualquer outro direito, deveriam estar as liberdades individuais, que os Estados Democráticos tendem a relativizar em nome do interesse coletivo, como a liberdade de imprensa, de associação etc. Desse modo, ele defendia que fosse garantida mais a

¹² Ibidem. p. 93-163

¹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A liberdade e outros direitos*. Curitiba: Letra da lei, 2011. p. 17

liberdade do que a igualdade. Criticou a democracia por entender que um democrata tem uma paixão ardorosa pela igualdade (embora desejem a *igualdade na liberdade* são capazes de suportar a *igualdade na escravidão*, aceitam a pobreza não a aristocracia).¹⁴

Por outro lado, Francesco de Sanctis, com uma visão democrata, já acreditava que *onde existe desigualdade, a liberdade pode estar escrita nas leis, no estatuto, mas não é coisa real: não é livre o camponês que depende do proprietário, não é livre o empregado que permanece submetido ao patrão, não é livre o homem da gleba sujeito ao trabalho incessante dos campos*.¹⁵

Em suma, os liberais não só dão prioridade à liberdade, como se opõem à igualdade, porque são contra conceitos niveladores. Entendem que a liberdade deve ser total e devem prevalecer os “mais competentes”.¹⁶

De outra parte, os democratas não se opõe à liberdade, ao contrário, também a defendem, mas afirmam que ela só pode existir em um sistema baseado na igualdade.¹⁷

Na verdade, conforme expôs Norberto Bobbio, *existe uma antítese entre a liberdade e a igualdade, no sentido em que não se pode realizar plenamente uma sem limitar fortemente a outra. A única forma de igualdade compatível com a liberdade da doutrina liberal é a igualdade na liberdade*. Não se pode entender a liberdade como pretendem os liberais, pois as pessoas não são rigorosamente iguais e os mais poderosos limitariam a liberdade dos menos privilegiados. Neste caso, se não existir atuação do Estado limitando a liberdade de uns para garantir a liberdade dos mais fracos, eles não serão, verdadeiramente, livres. O desafio, portanto, é estabelecer o limite até onde liberdade e igualdade irão ceder prejudicando o mínimo possível uma à outra.¹⁸

A liberdade, em sentido amplo, pode ser desmembrada em várias “liberdades”, por exemplo: liberdade de locomoção; de pensamento; de voto; de consciência e de crença, de criação intelectual, artística, científica e comunicação; de informação; de informação e de associação.

¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 65 e 58.

¹⁵ SANCTIS, Francesco de. *Manzini e la Scuola Democratica*, 1951, p. 6, apud BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 75.

¹⁶ Cf. MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 54.

¹⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 39.

A *Liberdade de locomoção* é a possibilidade das pessoas se locomoverem livremente, ou seja: consiste no direito de ir, vir ou permanecer onde quer que se encontre. O inciso XV do artigo 5º, da Constituição Federal prevê que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer, ou dele sair com seus bens. Além disto, existem outros dispositivos no próprio artigo 5º, que tutelam a liberdade de locomoção. Com efeito, é previsto que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar;

Liberdade de pensamento: a pessoa pode pensar o que bem entender. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual. Porém, ao externar o pensamento já haverá certa restrição, pois não poderá ofender a honra, imagem, intimidade ou vida privada de terceiros (artigo 5º, inciso IV, V). Na manifestação do pensamento é vedado o anonimato. O abuso no exercício da manifestação do pensamento pode acarretar responsabilidade civil ou criminal de seus autores.

Embora, as expressões *liberdade de imprensa, de informação e de expressão*, muitas vezes, sejam utilizadas indistintamente, elas não se confundem. Com efeito, liberdade de expressão, em sentido genérico, é o direito de *difundir publicamente, por qualquer meio e ante qualquer auditório, qualquer conteúdo simbólico*.¹⁹ Assim sendo, designa a liberdade do indivíduo manifestar seu pensamento.

Por sua vez, liberdade de informação compreende tanto a aquisição quanto a comunicação de conhecimentos, abrangendo a liberdade de informar, de informar-se e de ser informado.²⁰ Nesse sentido, Antonio Tadeu Dix Silva²¹ lembra que o art. 10 do *Convênio de Roma para a proteção dos Direitos Fundamentais garante não apenas a liberdade da imprensa de informar o público, mas também o direito deste último receber uma informação adequada*. Assim, o interesse na liberdade de informação não é apenas dos órgãos ou emittentes do conteúdo simbólico, mas de todos a quem eles destinam-se, ou podem se destinar.

Por fim, a liberdade de imprensa diz respeito à liberdade dos órgãos de comunicação

¹⁹ Cf. Saavedra Lopes apud SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e Direito Penal*. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 111.

²⁰ DOTTI, René Ariel, *Proteção à Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 157.

²¹ SILVA, Tadeu Antonio Dix. Op. cit. p. 130.

exercerem sua função, ou seja, refere-se ao exercício da liberdade de expressão e de informação por meio dos órgãos de imprensa. Neste sentido, ressalta-se que os órgãos responsáveis pela transmissão das informações devem exercer sua função livremente, sem intromissões, para que tragam a transparência necessária da realidade do mundo.

Como se nota, tais direitos possuem estreita relação entre si e são de essencial importância para um Estado Democrático, no qual as pessoas possam manifestar livremente seus pensamentos. A respeito, Gregório Badeni²² afirmou:

é evidente que o reconhecimento legal da liberdade de expressão do pensamento configura uma das conquistas mais importantes que o homem obteve em sua permanente luta pela dignidade. Com maior razão em um sistema democrático constitucional, que pressupõe a coexistência de uma pluralidade de opiniões na sociedade, de diversos conceitos, juízos e ideias.

No intuito de garantir tal conquista, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 220, *caput*, determina que *a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição*. Além disso, no § 1º do artigo em referência está previsto que *nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observando o disposto no art. 5º, X, V, XIII e XIV*. Por seu turno, o inciso IX, do art. 5º de nossa Carta Magna está previsto como cláusula pétrea, pois possui *status* de direito e garantia fundamental, que *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 – em seu art. 13, consagra que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende liberdade de buscar, receber e difundir informações e

²² BADENI, Gregório. *Libertad de Prensa*. p. 15.

ideias de toda a natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidade ulteriores, que devem ser expressamente fixadas em lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; ou
b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não pode se restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Liberdade de consciência e de crença: Liberdade de consciência significa que a pessoa pode pensar e acreditar e tudo o que ela bem entender. Já a crença está ligada a religião. O Brasil é um país laico, ou seja, não tem uma religião oficial, mas todas as religiões são permitidas. O brasileiro pode acreditar no que bem entender. A escusa de consciência, ou seja: o direito de recusar-se a determinadas prestações que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas só pode acarretar supressão de direitos se a pessoa se recusar em cumprir também uma prestação alternativa.

Há, também, a *liberdade de criação intelectual, artística e científica:* Criação intelectual – a pessoa pode criar qualquer coisa, desde que não seja nocivo à sociedade. As criações artísticas e científicas também são livres.

Liberdade de profissão: Em regra, o exercício de qualquer trabalho ofício e profissão é livre, mas a lei pode restringir o exercício profissional (art. 5º, XIII da Constituição Federal). Neste caso, como exceção aos demais direitos individuais que são normas constitucionais de eficácia plena, há eficácia contida, pois uma lei regulamentadora pode limitar certas profissões a algumas qualificações. De qualquer modo, a lei só pode prever condições justificáveis para tal exercício.

Liberdade de reunião e de associação: O inciso XVI do artigo 5º. da Constituição

Federal prevê que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido a prévia comunicação à autoridade competente.

Por sua vez, nos incisos XVII, XVIII, XIX e XX está previsto que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. A criação de associações independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. As associações só podem ser dissolvidas por decisão judicial transitada em julgado. Ninguém pode ser compelido a se associar ou permanecer associado.

Por derradeiro, *a liberdade de voto* exterioriza-se com o direito de votar. O Brasil adota a democracia semi-direta, ou seja, em algumas situações os cidadãos participam diretamente dos rumos da nação – como no caso do plebiscito, do referendo ou da iniciativa popular de projetos de lei – e em outras por meio de representantes. O exercício livre do direito de sufrágio deve ser assegurado.

4. Justiça

A depender de quem formula, a palavra “*justiça*” pode possuir diferentes significações e ter, inclusive, concepções totalmente opostas, pois está sujeita às convicções político-ideológicas e às experiências de vida de cada um. Assim sendo, é impossível um consenso sobre ela, que terá sempre um conceito relativo. Vários estudiosos, no decorrer dos tempos, se debruçaram sobre o assunto para tentar sua definição.

Neste caminho, convém ressaltar que “*justiça*”, antes de mais nada, é uma virtude moral. Conforme afirma Jean Dabin²³

no sentido mais amplo, a justiça se funde com a própria moralidade; corresponde ao cumprimento de todos os deveres prescritos pela honestidade, sem distinção de domínio ou virtude, na vida privada do indivíduo ou da família e na vida social, pública ou política.

²³ Teoria Geral do Direito. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 497.

Mesmo sendo uma expressão vaga, justiça está ligada a ideia de dar o que é devido a quem de direito. Na verdade, justiça é boa medida. A noção do que é justo está em cada um, mas é difícil formular seu conceito. A justiça é um bem em si mesma.

Na história do pensamento jurídico-filosófico foram formuladas várias teorias da justiça. Norberto Bobbio²⁴ conclui que as respostas para a definição de justiça podem ser divididas em três grupos: a) justiça é ordem; b) justiça é igualdade e c) justiça é liberdade.

Neste passo, Platão²⁵ formula três teses sobre justiça, a saber: *é dar a cada um o que lhe é devido*; b) *é fazer o bem aos amigos e mal aos inimigos* e c) *o justo não é mais nem menos do que a vantagem do mais forte*. Com efeito, o autor em certa passagem de sua obra, ao mencionar diálogos de Céfalo com Polemarco afirma que, se justiça é dar a cada um o que lhe é devido, então deveríamos fazer o bem para os amigos e mal para os inimigos. Porém, esta será uma justiça relativa, pois será a justiça de um, mas não será a do outro e, muito menos, a de todos. Por fim, na fala de Trasímaco, surge a ideia de que a justiça posta é feita pelo mais forte. Neste sentido, expõe:

cada governo promulga leis com vistas à vantagem própria: a democracia, leis democráticas; a tirania, leis tirânicas, e assim como as demais formas de governo. Uma vez promulgadas as leis, declaram ser justiça fazerem os governados o que é vantajoso para os outros e punem os que as violam, como transgressores da lei praticantes de ato injusto²⁶

Por seu turno, Aristóteles²⁷ divide justiça em três tipos, de acordo com as pessoas envolvidas. Neste passo, quando é entre particulares é chamada de comutativa. Quando as pessoas em questão são uma coletividade e seus membros, é chamada de distributiva e, por fim, em relação ao que é devido pela comunidade a seus membros, é a justiça legal.

Com efeito, para ele, *justiça é a observância de um meio-termo*. É uma virtude que o justo pratica deliberadamente. É um termo médio. Está no meio onde a injustiça está nos extremos. Afirma, ainda, que: *'justo' significa o que é lícito e o que é equânime ou imparcial*,

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. p. 116 e s.

²⁵ PLATÃO. *A República*, Pará: UFPA, 2000. p. 55 e s.

²⁶ **Ibidem**. p. 67.

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

e 'injusto' significa o que é ilícito e o que é não equânime ou parcial.²⁸

Para Aristóteles, então, justiça é igualdade. O fim do direito é garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (justiça comutativa) ou entre o Estado e os indivíduos (justiça distributiva). O direito é o remédio para as disparidades naturais e desigualdades sociais impondo uma medida para proporcionar um tratamento igual a todos os membros da comunidade.²⁹

Kant, por sua vez, entende que justiça é agir com liberdade, respeitando a liberdade dos outros. Para ele, agir de maneira injusta significa interferir na liberdade dos outros. Neste sentido, afirma:

Toda ação é justa quando, em si mesma, ou na máxima da qual provém, é tal que a Liberdade da Vontade de cada um pode coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal.

Então, se minha ação ou minha condição pode coexistir, em geral, com a liberdade de todo mundo, de acordo com uma lei universal, qualquer um que me impeça de realizar essa ação, ou de manter essa condição, prejudica-me. Porque tal impedimento ou obstrução não pode coexistir com a Liberdade de acordo com as Leis universais.

A Lei universal do Direito pode então ser expressa da seguinte maneira:

‘Aja externamente de tal maneira que o livre exercício de tua Vontade possa coexistir com a Liberdade de todos os outros, de acordo com uma Lei universal.’³⁰

Em Fundamentação da metafísica dos costumes, Kant desenvolve que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade. Com efeito, para ele, as pessoas devem agir *segundo a máxima tal que possa ao mesmo tempo querer ela se torne lei universal* e em todas suas ações deve ser considerado como um fim em si mesmo.³¹

John Rawls³² desenvolveu uma teoria da justiça como liberdade (de Kant), acrescentando aspectos da igualdade extraídos de Rousseau e afirmou que *justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento*. Para ele, os

²⁸ Ibidem.

²⁹ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamentos de Immanuel Kant*. p. 117.

³⁰ KANT, Immanuel. Primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 240.

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 51.

³² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.273.

princípios de justiça são os seguintes:

1. Toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente adequado de iguais liberdades básicas que seja compatível com a liberdade para todos.
2. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertas a todos em igualdade de oportunidades; em segundo lugar, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade.³³

O primeiro objetivo da justiça é a imparcialidade e através dela podemos chegar a uma melhor análise das exigências de liberdade e igualdade. Rawls prioriza a liberdade em detrimento da igualdade. De qualquer forma, entende necessária uma igualdade de *bens sociais primários*, que incluem direitos, liberdades, oportunidades etc.³⁴

Tomas Hobbes, por seu turno, entende a justiça como ordem, pois o direito: *é o meio que os homens, no decorrer da civilização, encontraram para garantir a segurança da vida, cujo fim é a paz social. Neste sentido, afirma que os homens têm de cumprir os pactos que celebrarem (...). A definição de injustiça é o não cumprimento de um pacto. Tudo que não é injusto, é justo.*³⁵

Mais adiante, Hobbes³⁶, expõe:

para que as palavras justo e injusto possam ter sentido, é necessário alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos pactos, mediante o medo de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto.

Enfim, com uma visão extremamente formalista, para ele, justiça e Direito são a mesma coisa e ser justo é cumprir a lei.

Pois bem, é difícil conceituar justiça, pois cada um tem uma ideia do que é justo. Estabelecer uma máxima que seja válida para todas as pessoas parece ser utopia, mas ao tentar definir tal expressão, inúmeras são contribuições para o pensamento jurídico. É certo que o

³³ RAWLS, John et al.. *Liberdade, igualdade y derecho*, Barcelona: Ariel, 1988. p. 13.

³⁴ Ibidem, p. 14-16.

³⁵ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*, p. 116

³⁶ Ibidem, p. 116.

justo nem sempre coincide com o legal e que o resultado circula pela noção de liberdade e/ou igualdade. Conforme as convicções ideológicas e filosóficas, pode se aproximar mais da liberdade ou mais da igualdade.

5. Conclusão

Ao final deste estudo, sem que sejam retomadas todas as conclusões parciais e, outras que o leitor pode ter chegado sem que estejam aqui expressas, impõe-se algumas observações:

No direito não existem valores absolutos. Assim sendo, às vezes, uns devem ceder para que outros não sejam atingidos. Os valores superiores a serem buscados pelo direito são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal sendo que os demais são decorrência desse reconhecimento. A dignidade da pessoa humana não é mera consequência ou reflexo do ordenamento jurídico, ao contrário, tem uma existência prévia a ele.

Existe uma antítese entre a liberdade e a igualdade, no sentido em que não se pode realizar plenamente uma sem limitar fortemente a outra. O desafio, portanto, é estabelecer o limite até onde a liberdade e a igualdade irão ceder reciprocamente prejudicando o mínimo possível uma a outra.

A liberdade sem a ponderação da igualdade e a igualdade sem o correlativo da liberdade são fontes de despotismo. A liberdade absoluta leva ao anarquismo e à escravidão, enquanto que a igualdade total aniquila com a autonomia da pessoa.

Por conseguinte, em determinadas situações, a liberdade de uns deve ser restringida para que não afete a dos demais. Por sua vez, em certos casos, pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente para garantir certo equilíbrio. Justiça, então, pode ser considerada como o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a liberdade. Ela visa alcançar critérios para a solução de casos, harmônica e equilibradamente, sobre uma base racional e ética, respeitando a dignidade do ser humano, disciplinando as relações das pessoas entre si e delas com o Estado.

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANSIER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DALARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *O Futuro do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2001.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucinal*. Madrid: Civitas, 1990.

HOBBS, Thomas, *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. Primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MARX, Karl. *A questão judaica*. 2. ed. Ed Moraes.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 23. ed. São Paulo: RT, 1995.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

-
- MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PLATÃO, A *República*, Pará: UFPA, 2000.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. et al.. *Liberdad, igualdad y derecho*, Barcelona: Ariel, 1988.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- _____. *Direitos humanos e fundamentais*, 2. Edição, Campinas: Russell, 2009.
- _____. *Crimes de Imprensa*, São Paulo: BH, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, São Paulo: Martin Claret, 2006.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed, São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e Direito Penal*. São Paulo: IBCCrim, 2000.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A liberdade e outros direitos*. Curitiba: Letra da lei, 2011.

A ANÁLISE COMPARATIVA DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA

*César Reinaldo Offa Basile*¹

1. Introdução

O presente ensaio visa estabelecer uma análise do desenvolvimento do Direito do Trabalho, a partir de uma investigação comparativa de eventos políticos, sociais e econômicos ocorridos em diferentes países da América Latina.

Não se pretende, contudo, empreender uma pesquisa mais detalhada em relação a cada ato legislativo editado, mas uma correlação direta entre os movimentos sociais e a atuação do Estado na solução de eventuais tensões entre capital e trabalho.

Apenas os pontos de dissonância com a legislação estrangeira serão analisados à luz dos dispositivos legais pátrios.

Em virtude da importância da limitação do poder do Estado com fim de garantir a intangibilidade dos direitos dos trabalhadores, o direito adquirido social e a conquista das gerações, o processo de Constitucional Social de cada país investigado será salientado e avaliado dentro de um contexto histórico mundial.

2. O desenvolvimento do Direito do Trabalho no México

Para melhor compreensão do desenvolvimento do Direito do Trabalho no México (Estados Unidos Mexicanos), precisamos destacar o legado da civilização asteca, altamente sofisticada no aspecto tecnológico e cultural, que povoou a correspondente região geográfica durante quase dois séculos (de 1325 a 1521).

Os astecas constituíram uma sociedade com divisão rígida, sendo o grupo social dominante - *pipiltin* (nobreza) - formado pela família real, sacerdotes e chefes de grupos

¹ Juiz do Trabalho, bacharel em Direito e em Ciências Contábeis, pós-graduado MBA em Direito Econômico e Empresarial pela FGV, mestre e doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP).

guerreiros e o restante da população representada por artesões, escravos e lavradores, estes últimos submetidos ao sistema das *ejidos*, ou seja, de exploração de propriedade rural de uso coletivo.

Com a conquista espanhola, os colonizadores assumiram o papel de grupo social dominante e, sob o pretexto de que a comunidade indígena (grande parte da população) precisava receber ensinamentos religiosos, substituíram o sistema das *ejidos* pelo sistema das *encomiendas*, através da privatização das antigas propriedades rurais de uso coletivo e a apreensão e entrega de lotes de índios para um novo grupo social formado - os fazendeiros - que, durante todo o período de catequese, ficariam encarregados de protegê-los e de pagar impostos à coroa em troca de uso da mão-de-obra.

Nem mesmo a abolição da escravatura no estado mexicano, datada de 1829 (oito anos após o país alcançar sua independência) e a extinção do sistema de *encomiendas*, alterou a realidade trabalhista do país.

Em 1856, diante da crise econômica vivida pelo México, o governo resolveu editar uma lei intitulada *Ley Lerdo*, declarando baldias as propriedades corporativas (principalmente as da Igreja e das comunidades indígenas) para poder vendê-las e obter recursos com vista a sanear as finanças públicas.

Operou-se, como consequência, um lento e desastroso processo de formação de grandes latifúndios, fazendo com que lavradores, negros libertos e índios destituídos da terra, passassem a sofrer grave exploração no campo.

Como exemplo, temos as *tiendas de raya* (armazéns de gêneros de primeira necessidade - comestíveis, aguardente, roupa e calçados - localizados nas fazendas), onde os trabalhadores eram obrigados a realizar as suas compras. Isso porque, da inexistência de outro comércio que pudesse suprir a demanda, o pagamento de muitos rurícolas se fazia na forma de vales, que somente poderiam ser trocados no armazém do patrão (que vendia seus produtos a preços muito mais altos).

Além de receber baixos salários (em vale, diga-se), os trabalhadores se submetiam a jornadas exaustivas, não alcançando o suficiente para pagar os produtos que permitissem a sua subsistência e de sua família, razão pela qual eram obrigados a comprar créditos do patrão com altos juros (adquirindo uma dívida que em vida não se pagava e era transmitida para os seus dependentes e outros familiares, dando início a um sistema de *servidão por dívidas*).

Também era comum que os fazendeiros embriagassem os rurícolas para que gastassem além da conta e tivessem que comprar créditos.

Raya significa traço, risco, lançado nos livros de registro em substituição à assinatura, posto que os trabalhadores mexicanos no campo eram à época em sua larga maioria analfabetos (ensejando inclusive abuso dos fazendeiros no momento de pagar salários e de cobrar dívidas).

Ainda, que tomado pelo completo desespero, os trabalhadores não conseguiam trocar de fazenda antes de saldar sua dívida. Se escapassem, seriam perseguidos pelo *Cuerpo de Rurales* (grupo policial encarregado de manter o cumprimento das obrigações assumidas pelos rurícolas) que os levariam de volta com uso de força ou, até mesmo, de métodos brutais.

As leis nacionais eram raramente aplicadas nas fazendas, existindo praticamente um feudalismo.

Nas cidades, o cenário de exploração também não era muito diferente, posto que a prática das *tiendas de raya* (com pagamento de salário em vales) dominava grande parte das fábricas e as péssimas condições de higiene e segurança ensejavam altos índices de acidentes no trabalho e disseminação de muitas doenças urbanas.

Muito embora os trabalhadores sofressem as mais agressivas formas de exploração, restou infrutífera a tentativa de introduzir questões sociais (como a marginalização do negro liberto; a exploração da mão de obra assalariada no campo e a causa indígena) no texto constitucional de 1857, defendida por muitos políticos liberais da época (em especial Juan Ignacio Paulino Ramírez Calzada, *El Nigromante*).

Contudo, no passar do tempo, alguns fatos se revelaram importantes para conscientização política e social da massa trabalhadora no México, sendo o principal deles: a) o regime ditatorial instituído pelo General Porfirio Díaz, denominado “Porfiriato” (a partir de 1876); e b) a criação do periódico *Regeneración*, pelos irmãos Ricardo e Enrique Flores Magón (em 1900).

Assim, já no início do século XX, as primeiras leis de cunho trabalhista foram editadas, sendo, em 1904, no Estado do México (*Ley Jose Villada*) e, em 1906, no Estado de Nuevo León (*Ley Bernardo Reyes*), ambas atribuindo responsabilidade civil às empresas nos acidentes ocorridos na execução do trabalho.

No próprio ano de 1906, outro fato também se revelou muito importante no processo de desenvolvimento do Direito do Trabalho nacional: a fundação do Partido Liberal Mexicano. Em seu programa restava previsto um capítulo intitulado “Capital e Trabalho”, inspirado na declaração dos princípios da Segunda Internacional, pugnando por: jornada de 8 horas; regulamentação do trabalho doméstico; proteção dos tarefeiros; proibição do emprego de menores de 14 anos; obrigação da empresa de estabelecer boas condições de higiene e segurança; alojamento adequado aos trabalhadores rurais; pagamento de indenizações por acidente do trabalho; anulação das dívidas (deudas) dos diaristas (jornaleros) do campo com seus patrões; pagamento de salário em dinheiro; preferência do emprego de mexicanos em relação aos estrangeiros; e descanso semanal.

Nos anos que se seguiram, a insatisfação da população mexicana (em especial da classe trabalhadora) se intensificou. Menos de 1% (um por cento) das famílias mexicanas possuíam ou controlavam 85% (oitenta e cinco por cento) das terras cultiváveis. Aproximadamente 80% (oitenta por cento) da população mexicana dependia do salário rural. As leis favoreciam os fazendeiros, únicos com acesso a créditos e a projetos de irrigação. As pequenas povoações e os agricultores independentes viam-se obrigados a pagar impostos altíssimos.

Em 1910, Díaz assegurou que iria se retirar no final do seu mandato (depois de quatro reeleições consecutivas). Contudo, lançou uma nova candidatura à presidência. Francisco Ignacio Madero (perseguido por Díaz e contrário ao seu governo), iniciou um conflito armado no norte do país, estendendo-se posteriormente a outras partes do território mexicano (na chamada Revolução Mexicana).

A massa trabalhadora, revoltada com o sistema de *tiendas de raya*, apoiou a revolução. Porfirio Díaz apresentou sua renúncia e exilou-se na França. Em 1911, realizaram-se novas eleições que levam à presidência Madero. Entretanto, através de um golpe de estado denominado *Decena Trágica*, foi assassinado. A presidência foi assumida por Victoriano Huerta, que, em razão de perseguição a vários chefes revolucionários, foi deposto por Venustiano Carranza. Estima-se que na Revolução Mexicana, ao longo de seis anos, tenham morrido mais de 900 mil pessoas, de uma população de 15 milhões de habitantes.

De se destacar, apenas, que os generais da etapa final da Revolução Mexicana não somente se dedicaram a combater as tropas de Huerta, mas também se transformaram em governadores militares, ditando leis de trabalho, influenciadas pelo movimento magonista.

Alberto Fuentes (Estado de Aguascalientes) estabeleceu o descanso semanal e a jornada de oito horas. Eulalio Gutierrez (Estado de San Luis Potosi) implantou o salário mínimo; a jornada máxima de nove horas; o pagamento de salário efetivo (em dinheiro); a proibição das *tiendas de raya*; a intangibilidade dos salários; e a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas concedidos por lei.

Diante da nova ordem social constituída, o novo presidente Carranza, convocou uma Assembléia Nacional Constituinte. Na questão trabalhista, a idéia era acrescer incisos no art. 5º, adicionando os seguintes direitos: a) igualdade de salário e igualdade de trabalho; b) direito a indenização no caso de acidente do trabalho e enfermidades profissionais; c) estabelecimento de comitês e conciliação e arbitragem para a resolução dos conflitos entre capital e trabalho; d) jornada máxima de trabalho de oito horas; e) proibição do trabalho noturno nas indústrias aos menores e à mulheres; f) descanso hebdomadário obrigatório.

Fernando Lizardi (mestre de Direito Constitucional por muitos anos na Escola Nacional de Jurisprudência da UNAM) se negava a incluir na Constituição dispositivos típicos de lei. Em contrapartida, Pero Heriberto Jara expressava um sentimento comum: “yo estimo que es más noble sacrificar esa estructura a sacrificar al individuo, a sacrificar a la humanidad; salgamos un poco de ese molde estrecho en que quieren encerrarla; rompamos un poco con las viejas teorías de los tratadistas que han pensado sobre la humanidad, porque, señores, hasta ahora leyes verdaderamente eficaces, leyes verdaderamente salvadoras, no las encuentro”.

Francisco Múgica encabeçou os jacobinos, que propuseram o texto final, decidindo-se por criar um capítulo autônomo (art. 123), contemplando direitos como: jornada máxima de 8 horas no período diurno, 7 horas no período noturno e 6 horas para menores de 16 anos; idade mínima de 12 anos para se trabalhar; proibição de trabalhos insalubres, perigosos, noturnos e extraordinários para as mulheres e os menores de 16 anos; proteção da mulher antes e depois do parto; um dia de descanso para cada seis dias de trabalho (descanso hebdomadário); salário mínimo; igualdade de salário para o mesmo trabalho; pagamento em dinheiro do salário; adicional de 50% para o trabalho extraordinário; oferecimento de habitação cômoda e higiênica aos trabalhadores; responsabilidade empresarial por acidentes do trabalho e enfermidades profissionais; estabelecimento de medidas de higiene e segurança; liberdade sindical sem limites, a trabalhadores e patrões; direito de greve; estabilidade no emprego;

serviços gratuitos de recolocação dos trabalhadores no mercado de trabalho; nulidade na alteração das condições de trabalho menos benéficas aos trabalhadores; dentre outros.

O texto final foi aprovado e a Constituição Mexicana de 1917 tornou-se um paradigma mundial. Elevou pela primeira vez na história da humanidade dos direitos sociais ao nível constitucional. O aclamado art. 123 refletiu no Tratado de Paz de Versalhes (1919), na Constituição de Weimar (1919) e na Constituição da República Espanhola (1931).

O mais curioso, é que o México não vivia nenhuma etapa industrial à época. Sua economia era, essencialmente, agrária de autoconsumo, com certo desenvolvimento em indústrias têxteis no centro do país, mas a população obreira não era organizada e nem sensível às correntes dominantes do mundo na questão social. O sindicalismo, como já estudado, foi pouco reivindicatório.

Talvez seja possível se dizer que o art. 123 foi o preço que Carranza pagou para a esquerda constituinte (os jacobinos), para que eles não impusessem obstáculo ao verdadeiro propósito da CF: definir uma hegemonia do Poder Executivo sobre os outros poderes. Na verdade, foram concedidos direitos sociais sem se acreditar que eles pudessem ser exigidos. Tanto assim, que, pouco após a promulgação da Constituição, em 05 de fevereiro de 1917, Carranza aproveitou as liberdades sindicais para prostituir o sindicalismo e convertê-lo em aliado permanente do governo.

Como o “caput” do art. 123 da Constituição Mexicana de 1917 autorizava que os Estados ditassem leis sobre o trabalho, já no ano seguinte, em 1918, tivemos a primeira Lei Estadual do Trabalho (Estado de Veracruz) estabelecendo: participação dos trabalhadores nos resultados das empresas; formação de sindicatos por categoria; direito de greve e diretrizes para seu exercício (com a previsão de arbitragem obrigatória); e limitação em 20% (vinte por cento) o número de estrangeiros nas empresas. O mesmo ocorreu em diversos outros Estados.

Contudo, a delegação constitucional para legislar matéria trabalhista resultou em uma grande dificuldade de se resolver conflitos envolvendo trabalhadores que se acionavam em Estados diferentes. Diante de tal fato, o presidente provisório Emilio Portes Gil, em 1929, propôs uma reforma constitucional para federalizar a legislação trabalhista.

A tão aguardada Lei Federal do Trabalho (LFT), somente foi editada em 18 de agosto de 1931. Ao promulgá-la, o presidente Pascual Ortiz Rubio declarou derogadas todas as leis

e decretos expedidos anteriormente pela legislatura estadual ou pelo Congresso Nacional em matéria de trabalho.

A Lei Federal do Trabalho mexicana recebeu clara influência da *Carta del Lavoro* italiana (colocando nas mãos do Estado a outorga da personalidade sindical mediante registro; o controle das greves e o monopólio sindical) e também foi pioneira no disciplinamento e sistematização dos direitos dos trabalhadores (com exceção ao Código Chileno de Trabalho, expedido no mesmo ano). De se destacar a notável regulação das relações individuais do trabalho; o estabelecimento de órgãos oficiais para fiscalização do cumprimento de normas de inspeção do trabalho; a formação de comissões integradas para determinação do valor do salário mínimo, dentre outros.

No âmbito constitucional, partir de 1962, através de diversas reformas promovidas no art. 123, as mulheres passaram a ser admitidas em trabalhos insalubres, perigoso e extraordinários; elevou-se a idade mínima para o trabalho de 12 para 14 anos; e majorou-se de 50 para 100% o adicional de horas extras.

Em 1970, foi editada uma Nova Lei Federal do Trabalho (NLFT), que entrou em vigor no dia 1º de maio do mesmo ano. O principal destaque, à época, foi a obrigação do empregador oferecer habitações cômodas e higiênicas aos trabalhadores. No entanto, o comando legal foi objeto de reforma no ano de 1972 e a citada obrigação foi substituída por uma contribuição de 5% sobre a folha de pagamento ao Fundo Nacional de Habitação.

3. O desenvolvimento do Direito do Trabalho no Peru

À exemplo da realidade mexicana, o Peru também recebeu o legado de uma civilização antiga - os incas - que povoaram a região durante um século (de 1438 a 1533).

Com a conquista espanhola, os colonizadores assumiram o mesmo papel de grupo social dominante e introduziram um sistema de trabalho denominado *mita* (também desenvolvido em continente europeu). Os espanhóis encarregavam os chefes das tribos de escolher (por sorteio) homens para trabalharem em minas, geralmente distantes, durante 4 meses ou mais, e só poderiam retornar com a autorização do colono. Os chamados *mitays* recebiam um pagamento, mas o salário era irrisório. Não bastasse, o sistema de trabalho peruano também admitia a prática das *tendas de raya*, o que fazia com que os índios ficassem devendo dinheiro

e fossem obrigados a trabalhar até a exaustão ou morte para saldarem suas dívidas. As condições de trabalho nas minas eram completamente insalubres, com a propagação de muitas doenças pulmonares em razão do ar poluído e úmido. Não havia habitação adequada nas minas e muitos mytays dormiam ali mesmo no chão.

A abolição da escravatura ocorreu em 1854 (mais de duas décadas após a proclamação da independência – em 1821).

Em 1920, a Constituição Federal atribuiu à lei a fixação de condições máximas de trabalho; o salário mínimo relacionado com a idade, sexo e natureza do trabalho, além de indenização por acidente do trabalho.

Contudo, o constitucionalismo social somente ocorreu em 1979, ao reconhecer formalmente no texto maior a limitação da duração do trabalho em 8 horas diárias e 48 horas semanais; a remuneração pelo trabalho extraordinário; o descanso semanal remunerado; as férias anuais; e a estabilidade no trabalho.

Em 1991, através do Decreto Legislativo 728 (também chamado de Lei de Fomento do Emprego), foram criadas de nove modalidades de contratação temporária, e, em 1992, foi editada lei afeta à negociação coletiva e ao direito à sindicalização.

A Constituição Política do Estado de 1993, diferente da de 1979, não reconheceu a estabilidade no emprego como um direito dos trabalhadores. Ela se limitou a consagrar uma fórmula remissiva a uma indeterminada proteção frente à despedida arbitrária.

Para piorar ainda mais a delicada situação de desemprego no Peru, a atual legislação em matéria de relações individuais de trabalho criou um regime de despedida livre, suprimindo o direito de reintegração que imperava anteriormente. Tal como a realidade brasileira, a norma vigente no país cancela esse direito por um preço da indenização que o empregador deve pagar quando despede arbitrariamente a um trabalhador.

Em contrapartida, distante dos permissivos nacionais, em matéria de terminação da relação trabalhista, a legislação peruana possibilita a cessação dos contratos de trabalho mediante demissão coletiva ou individual. A demissão coletiva se vê facilitada pela ampliação das hipóteses objetivas (caso fortuito e força maior, motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos; dissolução e liquidação da empresa; quebra e reestruturação patrimonial), assim como a simplificação extrema dos procedimentos respectivos. Em algumas hipóteses, como a quebra, dissolução e reestruturação da empresa, basta uma simples

comunicação prévia para considerar terminada a relação trabalhista com os trabalhadores envolvidos, enquanto que no caso da demissão por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos, o procedimento permite a resolução dos contratos a partir da declaração juramentada da empresa, comprovada mediante perícia. A despedida individual pode depender da absoluta vontade do empregador, sem necessidade de causa justificada. No Peru, nem a Constituição nem as leis reconhecem o direito do trabalhador a ter um seguro contra o desemprego, em que pese a citada problemática do desemprego.

Em 1997, através da Resolução Ministerial 58, elaborou-se a Síntese da Legislação Trabalhista, reunindo toda a legislação trabalhista até então esparsa no Peru (assim como ocorrido no Brasil, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho).

Em 2003, foi editado o Decreto Supremo 10, que regulou as relações coletivas de trabalho, de se destacar o cumprimento da Convenção 87 da OIT, reconhecendo-se a pluralidade sindical.

Nos termos do Decreto os sindicatos podem ser (art. 5º):

a) de empresa – formados por trabalhadores de diversas profissões, ofícios ou especialidades, que prestem serviços para um mesmo empregador;

b) de atividade – formados por trabalhadores de profissões, especialidades ou ofícios diversos de duas ou mais empresas do mesmo ramo de atividade;

c) de grêmio – formados por trabalhadores de diversas empresas que desempenham um mesmo ofício, profissão ou especialidade;

d) de ofícios diversos – formados por trabalhadores de diversas profissões, ofícios ou especialidades, que trabalhem em empresas diversas ou de distintas atividades, quando em determinado lugar, província ou região o número de trabalhadores não alcance o mínimo legal necessário para constituir sindicatos de outro tipo.

Em contrapartida, a filiação se restringe a um único sindicato (art. 12, c).

Além do destacado, a atual legislação de direito coletivo peruana se distingue da brasileira nos seguintes pontos: a) formação de entidade sindical com, no mínimo, 20 trabalhadores); b) previsão de 2 delegados sindicais; c) duração da negociação coletiva por período livremente acordado (sendo, no silêncio, de 1 ano); d) livre convenção do número de dirigentes sindicais (sendo, no silêncio, 3 mais 1 a cada 50 filiado, limitando-se a 12); e)

constituição de uma federação mediante a filiação de 2 sindicatos e de uma confederação mediante a filiação de 2 federações).

4. O desenvolvimento do Direito do Trabalho na Argentina

A República Argentina também foi colonizada pelos espanhóis a sua independência em 1816, abolindo a escravatura em 1843 e estabelecendo uma nova ordem constitucional de 1853 (que assegurou o direito ao trabalho e a associação para fins pacíficos).

Apesar da transformação econômica-industrial com a chegada de imigrantes europeus (especialmente alemães, franceses e italianos), únicos qualificados para operar o maquinário mais moderno, os argentinos continuaram a exercer tarefas complementares (como a tarefa de peão). Antes a economia era rural (pecuária e, depois, agropecuária, com a cultura da cana). A exploração das minas de carvão era pouco organizada.

Os próprios estrangeiros iniciam luta contra a exploração patronal nas indústrias (elevação dos salários e redução das jornadas).

As primeiras associações foram formadas por trabalhadores estrangeiros, sendo elas: a *worwaerts* (alemães); *les éguaux* (franceses); *il fascio dei laboratori* (italianos). A primeira associação com participação de trabalhadores argentinos, embora composta pela maioria de estrangeiros, foi denominada “*la fraternidad*”.

No entanto, com o intuito de promover o arrefecimento de qualquer movimento socialista mais extremado e banir os ativistas, foi editada a Lei 4.044, que expulsou os estrangeiros do território argentino e dissolveu suas respectivas associações.

De qualquer maneira, a causa trabalhista merecia de fato, maior atenção. Assim, a pedido da presidência da república, o então ministro Gonzáles Biolet Massé, realizou um estudo intitulado “*El estado social de las classes trabajadoras a comienzos de siglo*”, relativo ao crescimento desordenado das cidades, onde restaram identificadas na indústrias: péssimas condições em matéria de higiene; jornadas esgotadoras; salários insuficientes (muitas vezes pagos muitas vezes em vales, para serem trocados nos próprios armazéns dos empregadores). E, nas casas dos trabalhadores: promiscuidade (difusão de doenças venéreas); tuberculose, alcoolismo.

Diante do quadro constatado, foi nomeada uma comissão para preparar um projeto do Código do Trabalho, que previu: pagamento de salário em moeda nacional; limitação da duração do trabalho em 48 horas semanais; direito a sindicalização; dispositivos de responsabilização nos acidentes do trabalho, dentre outros. O projeto, entretanto, não foi sequer analisado pelo poder legislativo.

Embora fracassada a tentativa de se elaborar um Código do Trabalho, a preocupação das autoridades, aliada às pressões populares, acarretaram a edição da Lei 4.661, em 1905, proibindo o trabalho aos domingos, considerada a primeira lei de cunho trabalhista do país. A ela se seguiram as Leis 5.291 (1907), que regulou o trabalho das mulheres e dos menores (até a sua modificação pela Lei 11.317/24) e 9.688 (1915), que disciplinou a responsabilidade nos acidentes do trabalho.

Em janeiro de 1919, durante um movimento grevista por jornada e salários em uma empresa metalúrgica, alguns manifestantes provocaram uma revolução exacerbada, com o ingresso de grupos de extrema esquerda. A greve foi debelada por tropas do exército, com aplicação de lei marcial (pena de morte), em episódio denominado pela história como a *semana trágica*.

Em 1923, a Lei 11.278 estabeleceu novas modalidades de pagamento de salário e em 1929, a Lei 11.544, regulou a jornada de trabalho, limitando-a em 8 horas diárias e 48 horas semanais (antiga reivindicação da classe trabalhadora).

Novas tentativas em aprovar um Código de Trabalho se revelaram infrutíferas nos anos de 1928 e 1933.

Ainda nos anos 30, a Lei 11.640 estabeleceu o descanso hebdomadário (sábado inglês) e a Lei 11.729 passou a regular os contratos de trabalho (e o fez até 1973, modificando o Código de Comércio, que inicialmente se destinava unicamente aos empregados no comércio e na indústria, mas a jurisprudência acabou lhe conferindo interpretação extensiva).

Em 1954, a Lei 14.250 disciplinou as convenções coletivas de trabalho.

Todavia, somente em 1957, a República Argentina introduziu em seu Texto Maior dispositivos relativos aos direitos dos trabalhadores (constitucionalismo social), através da adição de um parágrafo no art. 14 da Constituição Federal vigente. O denominado art. 14, bis contemplou a previsão de: a) condições dignas e equitativas de trabalho; b) jornada limitada; c) retribuição justa; d) salário mínimo vital; e) igual remuneração por igual tarefa; f)

participação nos ganhos da empresa; g) proteção contra despedida arbitrária; h) organização sindical livre e democrática; i) direito de greve.

No final dos anos 60, houve uma tentativa frustrada em se introduzir um sistema de depósitos mensais, que eliminavam o regime indenizatório da lei geral.

Em 1974, a Lei 20.744 (e suas alterações posteriores) passou a disciplinar o contrato de trabalho, em 1984, a Lei 23.041 criou o saldo anual complementar (uma espécie de 13º salário) e, em 1995, a Lei 24.465 instituiu um regime complementar de flexibilidade laboral (incentivando a contratação de maiores de 45 anos; deficientes; mulheres e ex-combatentes da Guerra das Malvinas).

Até os dias de hoje a legislação trabalhista na República Argentina não foi sequer consolidada.

5. Conclusão

A partir da análise realizada, podemos concluir que o sistema das *tiendas de raya*, amplamente permitido e difundido em todas as colônias espanholas, deu início ao um processo traumático de desenvolvimento do Direito do Trabalho na América Latina.

A luta pelo recebimento dos salários em dinheiro (antecedendo a própria busca por melhores remunerações) implicou em significativo atraso na obtenção de condições dignas de vida e de trabalho, difundindo um quadro de miséria permanente até os dias de hoje.

A realidade brasileira difere um pouco, em virtude da repulsiva prática (denominada no país como sistema de armazéns) ser mais recente e atingir uma porção menor do território nacional. Contudo, o sistema escravagista, que durou até 1822, sem dúvida alguma ainda nos acarreta muitas sequelas na consagração dos direitos dos trabalhadores.

No tocante à introdução dos dispositivos de proteção ao trabalho nos textos constitucionais (constitucionalismo social) nos diversos países da América Latina, verificamos a ocorrência em diferentes momentos, motivadas por distintas razões.

O caso mais peculiar é, sem dúvida alguma, o art. 123 da Constituição Mexicana, de 1917. Embora demasiadamente descritivo (o que se tornaria de mais difícil observação na realidade brasileira em face de nossa rigidez constitucional), antecipou conquistas dos trabalhadores que no Brasil levaram 54 anos (de 1934 a 1988).

Em razão da característica predominantemente agrária e da incipiência da organização sindical, não podemos identificá-lo como uma conquista social de vanguarda, decorrente da pressão de uma massa trabalhadora politizada e reivindicatória.

Referências

MUJICA, Javier Neves. *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUC, 2009.

CUEVA, Mario de la. *El nuevo derecho mexicano del trabajo – tomo I*. 22. ed. Ciudad del Mexico: Ed. Porrúa, 2009.

BUEN, Néstor de. *El desarrollo del derecho del trabajo y su decadencia*. Ciudad del Mexico: Ed. Porrúa, 2005.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1974.

_____. *Manual de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1993.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio. *Derecho del trabajo y la seguridad social*. 6. ed. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994.

_____. *El sindicalismo em el derecho argentino*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1981.

VIVOT, Julio J. Martínez. *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*. 5. ed. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1996.

O DIREITO AO SILÊNCIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

*MarciaCACeres Dias Yokoyama*¹

1. Introdução

Alocada dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, fórmula sintetizadora das ideias de paz jurídica e justiça condensadas positivamente na fórmula política adotada pela Constituição Federal (GUERRA FILHO, 2005, p. 70) como princípio fundamental geral previsto na Constituição Federal, está a dignidade da pessoa humana como núcleo norteador das relações pessoais, bem como da relação Estado-indivíduo enquanto garantidor do direito da individualidade e da personalidade. Fica evidente que o Direito Constitucional pátrio atribui à pessoa humana importante superioridade.

A dignidade da pessoa humana radica no direito natural, derivado da natureza do homem ou da natureza do direito, nos valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária (MIRANDA, 1988, p. 10 e 51), e dá fundamento aos direitos fundamentais.

Dentre diversas definições, para Sarlet a dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Tal princípio é considerado um supraprincípio. Explica Piovesan (2003, p. 193) que “É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa”, por se

¹ Advogada. Especialista em Direito Processual Penal. Mestre em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Universitária do Centro Acadêmico Padre Anchieta (UniAnchieta) na disciplina Direito Penal e em outras instituições.

tratar de valor supremo e fundamento de toda a ordem jurídica. Teve sua formulação na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto e sim, igualmente como sujeito (GUERRA FILHO, 2005, p. 62).

Ensina Sarlet (2006, p. 25 e 102) que é indissociável a vinculação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, pois estes são a concretização daquele supraprincípio e, em regra, a violação destes direitos estará vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa. Referido valor supremo serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico na sua função hermenêutica instrumental integradora. Em contrapartida, gera para o Estado o dever de preservar e promover a dignidade dos indivíduos.

O direito ao silêncio, previsto como direito e garantia fundamental e, portanto cláusula pétrea, no artigo 5º, inciso LXIII da Lei Maior, como corolário contra a autoincriminação, também encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Assim: “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*”.

Dentre os direitos fundamentais estão aqueles que buscam proteger essencialmente a pessoa enquanto tal, na sua individualidade, nos atributos da sua personalidade moral. Prescindem de laços de convivência social, neles cabendo o direito à vida, à integridade moral e física, à liberdade de consciência, à liberdade e à segurança (MIRANDA, 1988, p. 86), inclusive a jurídica.

Ainda não existe um conceito preciso e sintético de direitos fundamentais devido à própria evolução histórica e muitos termos são empregados em sentidos sinônimos para designá-los, segundo nos mostra Silva (J., 2004, p. 175) como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas.

Estabelecidos os direitos fundamentais do indivíduo, indispensável venham garantidos por instrumentos aptos a sua asseguuração e efetivação pelos órgãos estatais: as garantias. Na colação de Ferreira Filho (1992, p. 251), “As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados”. Assim, as garantias destinam-se à fruição daquele direito. Por isso, segundo Tucci (1993, p. 52), o dualismo - direitos e garantias, para

que a outorga destas através de preceitos constitucionais possam tutelar os direitos que amparam por via de instrumentos correspondentes pela grandeza e importância.

A garantias têm caráter instrumental, pois, como assevera Canotilho (1993, p. 520): “quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade”. Pertence o direito de permanecer calado aos doutrinariamente chamados direitos fundamentais de primeira geração, aqueles destinados ao direito de defesa do indivíduo perante o Estado, que impõe a este um comportamento de abstenção ou um comportamento negativo nas relações individuais e sociais. Pertencem a este grupo os direitos civis, individuais e políticos.

A palavra silêncio é o vocábulo que vem de *silentium*, de *silere* – calar-se. Designa o estado da pessoa que se cala, que se abstém de falar (MELLO, 1937, p. 4). Quem cala nada diz.

Na proteção contra a autoincriminação o Estado respeita o direito de permanecer calado do indivíduo como liberdade de opção de decidir por aquilo que não lhe prejudique, privilegiando a autodeterminação de abster-se de falar no interrogatório ou em fase anterior, como premissa dos valores e dignidade humanos. Sandeville (1991, p. 241) aduz que “calar não significa confessar nem admitir a imputação. Também não significa não ter respostas, mas tão-somente não querer fazer uso de uma faculdade processual, por motivo de foro íntimo ou para evitar prejuízos”.

Consequentemente, não pode o silêncio do imputado ter como consequências o estabelecimento de indícios ou presunções negativas ou positivas na apuração da responsabilidade penal, menos ainda o estabelecimento do ônus da verdade, porque inadmissível que o exercício de um direito e garantia consagrados possa trazer qualquer desvantagem.

2. Sua relação com o direito à intimidade

A jurisprudência inglesa do século XVIII é considerada a origem do direito à intimidade. Mas a questão internacionalizou-se somente no século XX com a discussão do tema em congressos internacionais, dentre eles a Conferência Nórdica sobre o direito à

intimidade, realizado em Estocolmo pela Comissão Internacional de Juristas, e o Colóquio de Varenna, ambos em 1967, que concluiu ser o direito à intimidade aquele que tem o homem de viver de forma independente, como um mínimo de ingerência alheia (FERREIRA, 1994, p. 97).

Entre nós, ao lado da tutela do silêncio como direito e garantia fundamental, a Constituição Federal protege a intimidade e a vida privada no artigo 5º, inciso X, *verbis*: “São invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

Dentre os tratados internacionais dos quais é parte, já em 1948 o Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos² que pretendeu abolir de vez as barbáries da Segunda Guerra Mundial. No seu artigo 12 prevê a tutela da intimidade nesta redação: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 21 de janeiro de 1992,³ tutelou a intimidade no artigo 17, n. 1, onde determina: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),⁴ ratificada em 25 de setembro de 1992, também tratou do tema, deixando evidenciada a preocupação internacional e interna com a proteção da intimidade. Reza seu artigo 11:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

² Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral da ONU em 10.12.48.

³ Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral da ONU em 06.12.1966.

⁴ Adotada em 22.11.69.

O direito ao silêncio é uma das manifestações da intimidade, é o direito de escolha entre revelar e manifestar seus pensamentos ou não, de fechar-se em si mesmo, de não se expor e de tomar livremente uma postura diante de uma determinada situação de acordo com sua consciência. Neste núcleo intangível, o direito à intimidade é atributo da personalidade. De acordo o mestre italiano De Cupis (1961, p. 15), “A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”. O direito à intimidade caracteriza-se como absoluto e indisponível.

Através da voz ou gestos o indivíduo comunica-se com o mundo exterior, revelando seus pensamentos, desejos, sua inteligência, sua maneira de ser, suas emoções, enfim, sua subjetividade passa para o mundo fático.

O direito ao segredo ou à intimidade protege as manifestações da pessoa, conservando-as completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, pois:

Trata-se, a intimidade, como direito inerente à personalidade, de direito inserido nas liberdades públicas, direito oposto à autoridade pública, quer no campo da polícia judiciária, quer no da atividade jurisdicional. Pertence o direito ao silêncio à intimidade, sendo manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expor, considerar seus juízos, posicionar-se axiológica e livremente perante as coisas, os homens, o universo, dentro de sua *Weltanschauung*. (AZEVEDO, D., 2001, p. 140-141).

Segundo Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 123), a vida social forma um círculo concêntrico onde está a vida privada e dentro deste concentra-se a intimidade. O conceito de intimidade fixa uma divisão entre o “eu” e os “outros”, de modo a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Em preciosa constatação:

O homem, em virtude de sua própria natureza, é o principal depositário de seus segredos. Guarda-os no íntimo do seu ser. Alguns, não revela a ninguém. Outros, transmite a pessoas próximas. Essa esfera, a da intimidade, é impenetrável. Deve, necessariamente, ser garantida, sob pena de se atentar contra a dignidade do ser humano. Por isso, ninguém pode forçar alguém a revelar o que não pretende. São condenáveis tanto as práticas violentas para dissuadi-lo a se manifestar sobre o que guarda no recôndito do seu ser, como

as manobras insinuantes que, de maneira disfarçada, enganam-no para dar a conhecer o que desejava manter oculto. (FERNANDES, 2006, p. 457-458).

Sobretudo, o respeito à intimidade, ao recato, ao segredo, impõe limites tanto para o particular como para os entes estatais. Estes, primordialmente, devem ser seus guardiões. Sobre a individualidade e a relação com o Estado escreve Jorge Miranda:

Pode e deve falar-se, sim, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pelo converter-se quer em abstenções quer em acções do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada – mas nunca em substituição da acção ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afectar o seu ser. (MIRANDA, 1988, p. 102).

A limitação que o próprio Estado auto-impõe é garantia de liberdade individual enquanto abstenção de atos tendentes a ferir a intimidade da pessoa na sua vida privada e em sua individualidade. Não há substituição da livre consciência de manifestação individual pelo Estado. Há um limite entre a intervenção e a autodeterminação do homem que permeia sua liberdade. Assim, o silêncio do indivíduo é protegido pela redoma da intimidade que não pode ser quebrada por imposição estatal.

3. A efetivação da garantia

3.1 Na presunção de inocência

A presunção de inocência é princípio originário das ideias liberais do século XVIII, mas positivou-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 que proclamou: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

No pós Segunda Guerra internacionalizou-se ao integrar os documentos sobre direitos humanos. Assim, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fixou no artigo

11.1 que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Tal princípio continuou a fazer parte da agenda internacional ao ser disciplinada também na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos de Roma, em 1950 (art. 6, n. 2) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, em 1966 (art. 14, n. 2).

Dentre o largo rol das garantias judiciais previstas a Convenção Americana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica em 1969, prevê a presunção de inocência ao fixar que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, n.2).

A Constituição Federal de 1988 consagra referido princípio como direito e garantia fundamental no artigo 5º, inciso LVII na dicção de que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não só o acusado, mas todo indivíduo que estiver em qualquer posição, seja ele de mero investigado, indiciado, preso ou acusado é abarcado pela proteção, de acordo com a interpretação da expressão “ninguém” trazida no referido artigo (GOMES FILHO, 2006, p. 317).

Desse princípio coerente, também chamado de presunção de não-culpabilidade, resulta que o cidadão não precisa fazer demonstração de sua inocência, que é presumida desde a investigação até sua condenação definitiva. Assim, o ônus da prova da autoria e da materialidade da infração penal não cabe à defesa, mas é um ônus da acusação. O encargo de provar é regra dirigida pelo princípio *actori incumbit probatio*, ou seja, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Para o reconhecimento da pretensão punitiva pelo juiz, a acusação instrui a ação penal de modo a provar o alegado na peça inaugural de forma eficiente. Assim, cabe à parte acusadora provar a existência de todos os elementos constitutivos do tipo, sua autoria, cabendo demonstrar também os elementos subjetivo e normativo do tipo (MARQUES, J., 1998; NORONHA, 1998; TOURINHO FILHO, 2003).

Daí resulta que se houver qualquer dúvida sobre a alegação, prevalece a absolvição do réu, concretizando o princípio do *in dubio pro reo*, previsto no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal onde: “absolve-se o réu quando não existir prova suficiente para a condenação”. Idêntico preceito é acrescentado nos seus incisos II e IV ao disciplinar que

caberá absolvição quando não houver prova da existência do fato ou não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

No processo penal o juiz assume o papel não só de mediador para reconstruir a verdade, mas tem a possibilidade de ordenar diligências como atividade supletiva, isto porque cabe às partes carrear aos autos a prova de suas alegações. Mas tal emerge apenas para esclarecer alguma dúvida relevante sobre a prova, com a cautela de não se assemelhar à acusação ou à defesa.

A regra no sistema processual penal é da busca da verdade real ou material, chamada também de regra da verdade atingível ou processualmente possível, que tem de um lado a preservação do interesse comunitário e do outro a assecuração da liberdade jurídica do indivíduo envolvido (TUCCI, 2002, p. 228). Robustecendo, a Professora Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 61) leciona que verdade material é aquela subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela.

A reconstrução do fato no processo penal deve guardar o mais possível a semelhança com a verdade, efetivando-se a condenação somente quando robustamente apuradas a autoria e a materialidade.

Por esta razão, diferentemente do que ocorre no processo civil, não é possível empregar no âmbito adjetivo penal a máxima de que “quem cala consente”. Não existe confissão ficta no processo penal. Se o acusado não fizer prova a seu favor, não significa que admitiu a culpa. É preciso emergir a evidência para além da aquiescência das partes.⁵

Mais além, como assevera Coltro (2003, p. 153), sequer haverá a exigência para que o acusado justifique o porquê de ter calado na polícia ou em juízo, rechaçando a interpretação de que “quem é inocente nada tem a esconder” como conclusão contrária a quem silenciou, pois justifica-se pelo exercício de um direito por seu titular.

Motivos vários justificam o calar do investigado ou acusado - além da autoproteção, como não prejudicar eventual coréu ou encobrir outras pessoas, sentimento de indignação ou

⁵ A Corte Europeia de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que “a presunção de inocência confere ao acusado o direito ao silêncio, sem lhe tirar o direito à contraprova, e protege-o da obrigação de fornecer prova da sua inocência” (STEINER, 2000, p. 125).

revolta, desejo de não colaborar deliberadamente com a produção da prova ou medo de represálias.

Em clássico estudo sobre o comportamento do acusado, Altavilla (1981, v. p. 455) concluiu: “Aquele que, culpado ou inocente, é acusado de um crime vive num estado de ansiedade, de tormentoso alerta, de medo, esforçando-se por saber quais as provas reunidas contra ele; vive num apertado círculo monoideístico [...]”. Ainda, explica o estudioso, é de se excluir a ideia de que o imputado cale-se por lhe ser impossível defender-se. O silêncio pode ser determinado por um valor superior, como o de proteger outra pessoa ou o interesse de uma associação, de não revelar a sua vergonha, ou expressão de uma doença mental (1982, v. 2, p. 126). Em interessante verificação, muitas vezes o indiciado ou réu: “está sob o domínio de emoção aguda que lhe prejudica a inteligência e memória, ou se sente inseguro pela ausência de um defensor de sua inteira confiança” (AZEVEDO, D., 2001, p. 145). E continua este autor: “em crimes infamantes, ou em delitos que lhe repercutiram profundamente na esfera espiritual, pode preferir não revivescer o acontecimento constrangedor, de triste memória, ou humilhante e vergonhoso, episódio às vezes único e negro da vida”.

Para a condenação, os fatos alegados pela acusação devem estar provados. Logo, isenta-se o réu da colaboração na produção das provas (*nemo tenetur se accusare* - não cabe ao acusado fornecer provas contra si), permitindo-se sua inércia através do silêncio, proibidos quaisquer indícios de culpa diante de sua postura.

A relação entre presunção de inocência e silêncio é que aquela impede que este seja valorado em desfavor de quem o exerce. Na lição de Bento de Faria (1942, p. 256), “o silêncio não vale por – confissão tácita, fictícia ou presumida”. No destaque de Grinover:

Fazer do silêncio do réu elemento que pode ser interpretado em prejuízo da defesa significa valorá-lo como indício de culpa. Ora, é evidente que do silêncio não podem deduzir-se presunções, que superem a presunção de inocência do réu, consagrada na Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão da ONU (art. 9º). (GRINOVER, 1976, p. 29).

Pela livre apreciação das provas propugnada pelo estatuto processual, o juiz forma seu convencimento com ênfase na liberdade limitada, muito embora tenha ele uma função cognitiva, o que inclui uma atividade valorativa (FERRAJOLI, 2006, p. 43). Mas, como o

próprio regramento impõe, o convencimento se faz pela análise da prova e não é possível individualizar o silêncio como fonte de prova, mesmo porque tal não constitui prova no sentido técnico-jurídico do termo.

De outro lado, a conclusão a que chegar o juiz deve ser sempre fundamentada, retirando a possibilidade de basear-se na conduta processual do réu. Segundo anota Guilherme Nucci,

Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. (NUCCI, 2004, p. 187).

Logo, o princípio da presunção de inocência forma uma barreira a qualquer outra presunção que negativamente atribua ao calar uma interpretação de culpa do investigado ou réu.

3.2. No devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório

Prevê o texto constitucional que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). No âmbito do processo penal esse princípio, típico do estado democrático de direito, garante um processo justo e também que nenhuma pena pode ser aplicada sem o devido processo (*nulla poena sine iudicio*), mesmo porque é proibida a autotutela. Nele, o procedimento está previsto no ordenamento jurídico, revestido das condições mínimas para a realização da justiça através da igualdade dos sujeitos processuais. Significa, na dicção de Greco Filho (1989, p. 110), o processo adequado, que assegure a igualdade de partes, o contraditório e da ampla defesa.

O devido processo legal garante a existência de um processo regularmente constituído, conduzido por um juízo imparcial e competente pré-constituído, com a possibilidade de ciência prévia da acusação e assecuração de todos os meios de efetiva defesa, a publicidade

dos atos judiciais, a motivação das decisões e o duplo grau de jurisdição. Enfim, envolve todas as garantias do acusado durante o processo e antes mesmo da instauração.

É no processo que o acusado tem a oportunidade de defender-se e exercer seus direitos, onde avulta a necessidade de estabelecer limites à atividade persecutória do Estado, pois os direitos fundamentais assumem sua maior dimensão no processo penal quando protegem a segurança, a vida e a liberdade humanas (GRINOVER, 1982, p. 20).

A regra do devido processo legal é premissa do contraditório e da ampla defesa, vetores onde se realizam o direito contra a autoincriminação e o direito ao silêncio como seu corolário. Para Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 154), o privilégio contra a autoincriminação é regra do devido processo legal.

É em sede de ampla defesa e contraditório que o direito ao silêncio impõe suas marcas características quando em pleno exercício. A ampla defesa e o contraditório são direitos e garantias constitucionais como tais previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que assegura “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sobre os quais gravita todo o processo penal.

Através destes dois princípios garante-se ao acusado a oportunidade de ser informado sobre a existência e o conteúdo da ação penal para contraditar a acusação e as provas apresentadas, bem como realizar sua autodefesa, acessar uma defesa técnica eficiente e possibilitar a apresentação todos os recursos esgotáveis.

O contraditório busca o adjetivo da igualdade processual ente as partes, seguindo a máxima *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida. É certo que contraditório e ampla defesa tangenciam-se e se complementam. Diz-se que o acusador age e o acusado reage, mesmo que não queira (PITOMBO, 1993, p. 72). Em termos simplistas, isto é o contraditar. Tal princípio é típico do processo penal acusatório como direito absoluto.

Efetiva-se o contraditório com a ciência do acusado de todos os termos e atos do processo e a oportunidade de se manifestar sobre eles com paridade de armas. A íntima relação entre o contraditório e o direito ao silêncio é patente, pois

O direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão e conseqüências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe está sendo imputado poderá saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não atos lesivos à sua defesa. (MOURA; MORAES, 1994, p.138).

Quanto à *ampla defesa* é necessário que o termo seja entendido em toda a abrangência da expressão, como magistralmente ensina Greco Filho:

Compreendem a ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer a contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável. (GRECO FILHO, 1989, p. 110).

Para que se efetive a ampla defesa e o contraditório é mister uma apresentação clara da imputação para que o acusado possa inteirar-se de todos os seus termos e circunstâncias. Unicamente com a absoluta ciência da acusação, ou seja, aquela decorrente de uma operação intelectual de apreensão da realidade (AZEVEDO, D., 2001, p. 144) será possível contradizê-la. Mas isso não é suficiente. A orientação e o acompanhamento de um profissional com conhecimento técnico vai nortear toda a defesa. É por isso que a ampla defesa no processo penal realiza-se tanto na autodefesa do acusado como na defesa técnica.

A autodefesa inicia-se desde o momento em que pesa contra o indivíduo, através de uma reação natural de auto-conservação, qualquer gravame, como a realização da prisão ou da citação, e atinge a fase policial, estendendo-se por toda a ação penal.

É um direito renunciável, embora a ausência de oportunidade para realizá-la gere nulidade. Em juízo, realiza-se no direito de audiência, na sua bilateralidade, de presença a todos os atos processuais, de intervir na produção das provas auxiliando seu defensor e de peticionar pessoalmente.

O direito de silenciar efetiva-se através da garantia da ampla defesa na medida em que seu exercício é, antes de tudo, o exercício da defesa própria, com a não produção de provas contrárias a si ou por entender o titular que existe o risco de potencial dano à defesa ao falar. É o direito de escolha da atitude que lhe seja mais conveniente. Calar ou falar, dizer a verdade ou mentir fazem parte da estratégia e exercício de defesa.

Neste diapasão, esclarece Fernandes (2002, p. 278) que o direito ao silêncio é garantia relacionada com a ampla defesa, servindo para resguardar o preso, o investigado e o acusado, propiciando uma maior amplitude de defesa.

A par da autodefesa está a inafastável defesa técnica, realizada por profissional habilitado, imperativo para manter o equilíbrio entre as partes processuais diante da posição em que se encontram, quais sejam, de um lado o representante da *persecutio criminis* do Estado e de outro, o imputado. Tem essa qualidade também porque irá assegurar a orientação técnica sobre o silêncio como estratégia de defesa.

A defesa técnica é indispensável porque diferentemente do que ocorre no processo civil, o processo penal envolve bem jurídico indisponível. Além disso, referida defesa deve realizar-se durante todo o curso da ação, nas oportunidades de apresentar provas e se manifestar, indo sua atuação além da sentença de primeiro grau, adotando todas as medidas cabíveis para proteger o *ius libertatis*.

Mas para que a ampla defesa atinja todos os seus fins, autores sustentam o seu emprego desde a fase policial (COUCEIRO, 2004, p. 201; FERNANDES, A., 2002, p. 273; LOPES JÚNIOR, 2006, p. 351; SAAD, 2004, p. 198 et seq.; TUCCI, 1993, p. 115). No que diz respeito ao direito de calar, para que o preso ou o investigado possa entender e fazer sua opção de falar ou silenciar, ou até que ponto falar, a informação sobre o alcance e consequências deste ato precisa chegar até ele na fase inquisitiva.

Para tanto, a presença de um defensor neste momento, ou seja, na lavratura do auto de prisão em flagrante e no interrogatório policial, vai possibilitar a efetivação da garantia do silêncio integralmente, não só em juízo. Esta atuação terá seara no campo da orientação e informação para assegurar todos os direitos do preso e do investigado. Neste horizonte,

Se o acusado é preso em flagrante, a imediata intervenção do advogado guarda especial importância no sentido de informá-lo sobre a natureza da

infração que lhe é imputada, o direito ao silêncio, assegurar o direito de assistência do intérprete, e a presença física do advogado, durante o interrogatório, ajuda a atenuar a pressão que muitas vezes é exercida sobre o acusado, assegurando-lhe o respeito aos direitos. (SAAD, 2004, p. 203).

É de se ressaltar que o direito à ampla defesa e ao contraditório são garantias judiciais mínimas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2, letras a, b, c, d, e, f), em consonância com a disposição da Carta Política.

3.3. No direito à informação

A garantia do silêncio nasce em fase pré-processual. Assim, o direito de permanecer calado, bem como o alusivo à assistência da família e de advogado, devem ser *informados* ao preso no momento da prisão e, ao indiciado ou réu, antes da realização dos respectivos interrogatórios. Este é o mandamento constitucional: “o preso será informado de seus direitos [...]” (art. 5º, LXIII). Trata-se de direito público subjetivo e liberdade esclarecida.

Nesta visão, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1993, p. 71), asseveram que o direito ao silêncio e a assistência de advogado para o preso denotam a “preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias”.

É certo que a partir da prisão inicia-se a autodefesa como reação natural do indivíduo. Mas para uma efetiva defesa, é necessário que o suspeito seja informado sobre os direitos que lhe cabem. Tal só será possível se no ato da prisão houver a advertência ao detido pelos responsáveis da prisão. Com lastro neste entendimento, Nucci assevera que:

essa informação não pode ser dada somente no instante em que o detido é apresentado à autoridade policial, vale dizer, somente no momento de ser interrogado formalmente. É preciso reconhecer o verdadeiro alcance da vontade do constituinte e, sob esse prisma, o alerta deve ser dado ao preso no exato momento da prisão. (NUCCI, 1999, p. 229).

Regularmente, o detido desconhece a abrangência da garantia e, não raro, a acusação utiliza como prova o depoimento dos policiais que efetuaram a prisão, sobre aquilo que

ouviram em conversa informal com o preso,⁶ o que certamente tem sido muito útil para embasar condenações dentro do conjunto das provas colhidas.

De outro lado, nos casos policiais chocantes ocorre o *interrogatório pela imprensa* em que jornalistas fazem perguntas e até induzem o preso a respondê-las como uma verdadeira confissão extrajudicial.⁷ Para Gomes Filho,

Afora a ilegalidade patente desse procedimento, não só pelo desrespeito aos direitos fundamentais, mas também pela violação dos preceitos que estabelecem o modo de formação dos dados probatórios, tal conduta atenta contra a própria administração da justiça, por constituir uma intromissão indevida nas tarefas próprias do judiciário. (GOMES FILHO, 1997, p. 118).

A fórmula norte-americana “*Você tem o direito de permanecer calado e tudo o que disser poderá ser usado contra si no tribunal*” - permite melhor entendimento sobre a amplitude do silêncio, vez que mostra a consequência pela opção de falar sobre o fato criminoso mesmo fora do momento da prisão. Existe o dever formal de esclarecimento e informação àquele que tem sua liberdade atingida e a violação desta formalidade, resulta na inadmissibilidade das declarações prestadas.

Poder-se-á chegar a uma questão mais longínqua: a prisão em flagrante por particular (incluídos os vigilantes e seguranças) exige deste o dever de informação sobre o direito ao silêncio?

O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal não determina quem tem o dever de informar o direito ao preso. Porém, cabe ao Estado assegurar a efetivação das garantias constitucionais previstas através de seus agentes, pois “as garantias reportam-se ao Estado em actividade de relação com a pessoa” e são “modos de organização ou actuação do Estado” (MIRANDA, 1988, p. 89).

⁶ Vislumbrando a inadmissibilidade da utilização como prova do depoimento de policiais sobre o que ouviram em conversa informal com o preso, sem que tenha sido avisado do direito ao silêncio, colhida de maneira enganosa: Nucci (1999a., p. 233).

⁷ No Estado de São Paulo, a Portaria 3 de 26.03.1992, da Corregedoria da Polícia Judiciária regulamentou a concessão de entrevistas pelos presos: deve haver prévia autorização da Corregedoria e a concordância prévia e por escrito do preso (arts. 1º e 2º), a fim de garantir que a apuração da responsabilidade possa ser aferida através de regular inquérito, resguardando o direito ao silêncio. Ainda, a Portaria n. 18 de 25.11.1998 da Delegacia Geral de Polícia de São Paulo determinou que as autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação da imagem, nome e privacidade das pessoas detidas.

Nesta circunstância, somente a partir do contato do detido com os policiais ou com a autoridade policial, ou seja, quando o indivíduo passa à mercê da guarda do Estado, o direito à informação deve ser exercido. Desta forma, os depoimentos daqueles particulares sobre o que ouviram do detido, devem ser vistos com a devida reserva e valor.

Nas lavraturas de auto de prisão em flagrante, o conduzido será ouvido em interrogatório como parte integrante do auto. Neste ato, vislumbra-se a necessidade do acompanhamento de um defensor ao autuado que se justifica porque uma das informações constitucionais dadas ao preso é de que tem o direito à assistência de um advogado.

O *mens legis* é de que a presença de um defensor vai explicitar em primeiro momento qual a melhor opção ao indigitado autor do fato para exercer sua autodefesa: falar, ou que falar ou simplesmente calar, colaborar ou não na investigação. A advertência realizada no momento da prisão apenas levará ao preso a noção de opção entre calar ou falar, mas não o real alcance deste direito.

Também cabe ao defensor acompanhar todos os atos a fim de evitar abusos pelo órgão investigador e verificar a asseguuração de todos os direitos do preso. Em terceiro momento, estar a par dos fatos para pleitear as medidas judiciais cabíveis como relaxamento da prisão ou liberdade provisória.

Além da previsão constitucional, a advertência sobre o direito de permanecer calado antes de iniciar o interrogatório é imposição legal, prevista também no código adjetivo no artigo 186. Por sua vez, no artigo 6º, inciso V, determina que o indiciado será ouvido com observância, no que for aplicável, ao capítulo alusivo ao interrogatório judicial. Logo, antes de iniciar o interrogatório policial, o investigado ou indiciado deverá ser orientado sobre o direito de permanecer calado, seja pela autoridade, seja pelo defensor.

Já na fase judicial, o denunciado, quando comunicado de que contra si foi movida uma ação penal, passa a ser titular de direitos que por esta razão lhe cabem, incluído o direito à informação de todas as garantias processuais e consequências jurídicas advindas do processo e de seus próprios atos.

Para a validade da tutela jurisdicional, é exigência a informação da existência da ação ao interessado para que dela tomar conhecimento e inteirar-se de seu teor a fim de que possa preparar sua atuação defensiva pois, no dizer do Prof. Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 14), ninguém “pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita”.

Esta ciência inicial chega na forma de citação válida, que tem como finalidades, no ensinamento de Tucci (1993, p. 207-208), “a) a informação sobre o conteúdo do ato introdutório do processo; b) incitação do citando para comparecimento em juízo; e c) propiciação de atuação judicial pertinente à respectiva defesa [...]”.

O estatuto processual penal determina que antes da realização do interrogatório o juiz assegurará ao acusado entrevista reservada com o defensor (art. 185, § 5º) e que o réu será interrogado na presença dele (art. 185, *caput*, parte final).

A entrevista com o advogado deve dar-se em tempo suficientemente anterior à audiência, a fim de lhe possibilitar primeiro ouvir minuciosamente o réu para depois orientá-lo. Daí a imperiosa nomeação prévia de advogado dativo ou defensor para cumprir essa exigência formal quando o acusado não tiver advogado. Nesse diapasão, a Convenção Americana de Direitos Humanos garante a toda pessoa acusada de delito, em seu artigo 8º, 2, a comunicação prévia e pormenorizada da acusação, a concessão do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa, o direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor e de comunicar-se, livremente e em particular, com ele (letras *b*, *c*, *d* respectivamente).

A partir da informação sobre o silêncio e sua consequência, pode-se assegurar ao imputado sua real compreensão e exercício consciente do direito ou até mesmo sua abdicação.

Não há que se aquilatar se o preso, investigado ou acusado já tinha conhecimento adequado sobre a disponibilidade desse direito, mesmo sem ter sido informado pelos órgãos oficiais. A fórmula da advertência deverá sempre ser expressamente verbalizada. A informação prestada antes do interrogatório é indispensável para vencer qualquer pressão e dar ciência de que o interrogado é livre para exercer o seu direito àquela altura e qual sua abrangência. Assim, a presença de um advogado, sobretudo na fase policial, retira qualquer possibilidade de eventual coação. Moraes e Moura (1994, p. 140) salientam que o interrogado, “temendo uma errada e inconstitucional interpretação desfavorável de seu silêncio, e desassistido de defensor técnico, acaba por produzir prova contra si mesmo”.

A falta de informação sobre o direito ao silêncio ao preso, investigado ou acusado afigura-se como um verdadeiro vício, por se tratar de violação de direito e garantia constitucional, que pode gerar a nulidade do interrogatório, ou de todos os atos subsequentes, bem como a invalidade de eventual confissão (GOMES FILHO, 2006, p. 327).

Importa verificar se a inexistência de advertência sobre o silêncio redundou em prejuízo para a defesa do imputado. É caso de nulidade do processo, a partir do interrogatório, se sacrificada a autodefesa e o consequente direito de defesa; ou apenas a invalidade do interrogatório, com a repetição do ato, se a falta de advertência não afetou a defesa (COLTRO, 1999; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993). É exemplo do último caso, o calar do arguido ou sua negativa sem que houvesse advertência.

Além da infringência ao mandamento constitucional, a omissão de esclarecimento esbarra na lei processual penal que determina a advertência sobre o silêncio como elemento essencial do interrogatório, policial ou judicial. Consequentemente, sua ausência constitui nulidade por infringência ao artigo 564, inciso IV, do código citado.⁸

Questão pouco discutida é se a falta de advertência sobre o silêncio pela autoridade policial é capaz de invalidar a prisão em flagrante. É certo que a inobservância da regra afeta a legalidade do ato. No entender de Reis (1983, p. 330), “Se a mencionada advertência não foi formulada, não sendo registrada no auto, é este inválido. [...] Nulo o auto, torna-se ilegal a prisão”.

Nada impede seja feito o interrogatório observando as cautelas constitucionais, prossigam as investigações, bem como seja decretada a prisão preventiva se for o caso. No entender de Moraes e Moura (1994, p. 144), “uma vez desrespeitados os ditames constitucionais, a prisão em flagrante se torna ilegal, sem possibilidade de convalidação, por não guardar a legalidade necessária”. Sempre é válido perquirir a presença do prejuízo para a defesa. Portanto, tudo que o preso, o investigado ou réu vier a dizer perante os órgãos estatais sem que seja alertado sobre o direito, é inconstitucional e não poderá ser utilizado contra si.

3.4 Na proibição das provas ilícitas. A proporcionalidade.

A Lei Maior de 1988 vedou de forma expressa a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo com a dicção do artigo 5º, inciso LVI, que disciplina: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁸ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

Sem apresentar um rol taxativo das proibições, o legislador constitucional preocupou-se, primordialmente, em tutelar a dignidade da pessoa humana limitando o procedimento probatório a fim de não afetar a moralidade, os bons costumes e não tolher a defesa do indivíduo. É no processo penal que esta fórmula assume um papel relevante pois é nele,

onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade ao acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas. (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNADES, 1993, p.110).

O direito à produção da prova, que é consequência da garantia da ampla defesa e do contraditório, precisamente, é direito à prova legitimamente obtida ou produzida, proteção concedida igualmente às partes na demonstração da verdade dos fatos, em igual oportunidade e paridade de armas (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 68).

As provas ilícitas são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (CPP, art. 157). São exemplos a prova colhida com violação da intimidade (art. 5º, X, CF) como a utilização do *lie detector* (detector de mentiras), a confissão obtida mediante tortura (art. 5º, III, CF e Lei n. 9.455/97), com violação do sigilo das telecomunicações (art. 5º, XII, CF e Lei n. 9.296/96).

A ilicitude diz respeito à forma como se deu a colheita da prova e sua inserção no processo. A questão da ilicitude de provas envolve sempre uma violação a um bem jurídico. Pode colidir com valores de interesse social e público, mas os interesses do processo penal encontram limites na dignidade da pessoa humana e nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Como ressalta Avolio,

a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem ser contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade [...]. (AVOLIO, 2003, p. 43).

A denominada prova ilícita por derivação (conhecida como *frutos da árvore envenenada*), originária do direito norte-americano, é aquela colhida a partir de uma prática ilícita e que, por isso, acaba de igual forma contaminada (art. 157, § 1º, CPP).

A doutrina discute a possibilidade de atenuação da proibição da utilização da prova ilícita nos casos de excepcional gravidade, relativizando a regra para corrigir distorções resultantes de seu rigorismo quando em colisão com outros princípios fundamentais. A busca pelo equilíbrio entre esses princípios conflitantes desemboca na *teoria da proporcionalidade*, do direito alemão, ou da *razoabilidade*, também chamada de balanceamento ou preponderância de interesses (AVOLIO, 2003, p. 60), que autoriza a superação das vedações probatórias (GOMES FILHO, 1997, p. 104). O princípio da proporcionalidade “es un principio general del Derecho que, em sentido muy amplio obliga al operador juridico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses em conflicto” (SERRANO, 1990, p. 17).

Tal teoria ou princípio, não recebeu tratamento constitucional expreso. Para o Professor Gomes Filho (1997, p. 106), a Constituição Federal adotou o critério da proporcionalidade ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual apenas nas hipóteses legais. Embora inexista hierarquia entre os princípios constitucionais, sendo todos eles “considerados relativos em sua normatividade, na medida em que não se admite, [...] que um princípio possa ser absoluto, afastando todos os demais em toda e qualquer hipótese” (TAVARES, 2003, p. 38), a proporcionalidade decorre de uma “hierarquia axiológica ínsita nos valores que informam a ordem constitucional, dos quais são positivadas os princípios constitucionais” (PRADO, F., 2006, p. 168). Assim, “ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema de uma ordem hierárquica dos valores” (HECK, 2003, p. 71), importa dizer, na eleição de um valor ou interesse que deva prevalecer. Nesta diretiva, Fernandes (A., 2002, p. 54) ressalta que na restrição de direitos individuais há de se observar três requisitos intrínsecos: a necessidade, a adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto.

Porém, a dignidade humana como valor-fonte tem evidência axiológica no sistema constitucional brasileiro e é imponderável como valor intrínseco e insubstituível, respeitada

quando se falar em capacidade de autodeterminação.⁹ Sobre a deslegitimidade na violação do direito à intimidade e silêncio:

a invocação do princípio da proporcionalidade para autorizar a realização da prova com violação, *exempli gratia*, do direito à intimidade do acusado ou do direito ao silêncio, ou ainda, para a admissão de prova produzida, sem autorização judicial, com violação desses direitos, não se revela legítima, pois o interesse de punir estatal é um interesse deslegitimado e, portanto, indigno de ser levado à balança da ponderação como um bem ou direito efetivamente protegido pela Constituição Federal de 1988. (PRADO, F., 2006, p. 204).

Aceita-se a utilização da prova ilícita para favorecer o réu inocente sob o argumento de que a ilicitude é eliminada por causas excludentes (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993; MORAES, A., 2003; NUCCI, 2004), visando a proteger um bem maior que é a liberdade do indivíduo. Para Greco Filho (1989, p. 113), a condenação de um inocente seria mais abominável que o sacrifício de algum outro preceito legal.

A busca da verdade, no processo penal encontra limites nas garantias e direitos fundamentais. Os meios contrários ao silêncio do arguido em que avultam a violência física, como interrogatórios exaustivos, tortura e maus tratos, e a moral, como tratos autoritários, meios ardilosos, ameaças, narcoanálise, utilização de detector de mentiras, hipnose, devem ser repugnados.

Além de proibir as provas ilícitas, previu o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. O processo penal, em algumas situações, vê-se entre o interesse da coletividade na tutela jurisdicional penal e o direito ao silêncio do acusado. Mas entre eles, prevalece o núcleo intangível da personalidade, da intimidade, da liberdade, todos convergentes para o respeito da dignidade humana e, por via reflexa aos direitos fundamentais. Há que se buscar sempre o equilíbrio entre respeito às liberdades públicas e verdade processualmente possível.

⁹ Aponta Dias Neto (1997, p. 187) que no direito alemão, onde a doutrina e jurisprudência aceitam e aplicam princípio da proporcionalidade, na ponderação entre o interesse da coletividade de prestação da justiça penal e o direito ao silêncio do acusado, decide-se pelo último.

Na reflexão sobre a relação entre a busca da prova dos fatos e o imputado, pondera Hassemer que:

O Direito Processual Penal reflete com grande clareza a racionalidade de uma cultura jurídica e a discussão política em torno das posições jurídicas quanto à produção do caso e à preparação da decisão. Aí estão os problemas da justiça, em relação aos quais se tratam com frequência detalhes complicados da regulação processual de modo bem menos visível que nos chamados problemas fundamentais; por ora, pode-se encontrar dois exemplos disso: a posição jurídica do acusado como de um participante na compreensão cênica e a racionalidade do direito probatório. (HASSEMER, 2005, p. 194).

Prescinde-se de aquilatar se a prova ilícita foi produzida por particular ou agente público com desrespeito aos direitos fundamentais da parte ou de terceiro. O mandamento constitucional é pela sua inadmissibilidade.

4. Conclusão

A dignidade humana é princípio maior, norteador das relações pessoais e entre Estado-indivíduo, alicerce de todos os demais princípios previstos na Constituição Federal. Por isso, o direito ao silêncio ali previsto como direito e garantia fundamental tem seu núcleo na dignidade da pessoa humana.

É manifestação do direito à intimidade, de preservação, de escolha entre falar ou calar, de não se expor, do livre exercício da consciência. É predicado da personalidade. Efetiva-se na presunção de inocência porque o imputado não precisa falar para demonstrar sua inocência. Se cala é porque não tem nada a falar ou não o deseja. Sequer há a necessidade de justificar o porquê desta postura. Não estará jamais, com isso, assumindo a culpa. No processo penal a constante é a busca pela reprodução da historicidade dos fatos mais próxima possível da realidade e, uma vez que não basta a alegação, a imputação deverá ser demonstrada pela acusação, permitindo ao acusado quedar-se silente.

Realiza-se também no devido processo penal, berço da garantia do contraditório e ampla defesa, na medida que assegura a ciência da imputação, esclarecimento sobre suas consequências e oportunidade de reação, sem as quais não é possível optar pelo silêncio. É

expressão da ampla-defesa porque o silêncio é manifestação, ainda que negativa, de defesa; é a opção pela atitude que seja mais conveniente para seu resguardo.

O direito de permanecer calado deve ser informado ao preso no momento da prisão e ao interrogado antes de iniciarem-se as perguntas. Faz-se mister o esclarecimento sobre a abrangência da garantia para evitar a falsa interpretação do direito pelo próprio titular. Os agentes públicos têm essa obrigação. O que o preso disser em conversa informal com policiais sem o conhecimento do direito, deve ser visto com reservas pelo juiz. O acompanhamento de defensor em momento anterior à realização do interrogatório irá garantir a informação necessária para o pleno exercício da garantia.

A falta da advertência sobre o direito ao silêncio é inconstitucional. É certo que tudo o que o preso ou interrogado disser sem a informação sobre o seu silêncio, não poderá ser utilizado contra si. De outro lado, a extração forçada de declarações do arguido é considerada prova obtida por meio ilícito.

Referências:

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária I: o processo psicológico e a verdade judicial*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981.

_____. *Psicologia judiciária II: personagens do processo penal*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

BRASIL. Constituição Federal. Código Penal. Código de Processo Penal. 10 ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *A cláusula constitucional do direito ao silêncio*. *Revista do ILANUD*, São Paulo, nº 24, p. 139-155, 2003.

_____. O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord). *Justiça Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, 1999, cap. 13.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, p.179-204, jul./set. 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 457-484.

_____. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 96-106, jan./mar. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 313-333.

GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista Ciência Penal*. São Paulo: Editora Convívio, ano III, n. 1, p. 15-31, 1976.
- _____. *Liberdades públicas e processo penal: as interpretações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2. ed. alemã, rev. e ampl., de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volumes 1, 2, e 3. 1. ed. – 2. tiragem. Campinas: Bookseller, 1998.
- MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, p. 3-20, jan. 1937.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza R. de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 6, p.133-147, abr./jun. 1994
-
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

PITOMBO, Sergio M. de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, cap. 6.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

REIS, Carlos David Santos Aarão. O silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 575, p. 329-321, set. 1983.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANDEVILLE, Lorete Garcia. O direito ao silêncio. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.36, p. 239-243, dez. 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1 e 3. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



_____; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Clelia Gianna Ferrari*¹

Fabio Konder Comparato situa entre os séculos VIII e II a.C. o período em que o homem passa a ser considerado como um ser dotado de razão e liberdade, apesar das múltiplas diferenças de sexo, raça, religião, e costumes sociais, lançando-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes.²

Foi nesse momento histórico que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional proclamasse, na abertura da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pelo simples fato de sua “humanidade”.

Essa ideia nasceu vinculada à lei escrita, que em Atenas funcionava como antídoto contra o arbítrio governamental e que caminhava juntamente com outra espécie de lei: a não escrita, ou seja, o costume jurídico, tão bem explorado por Sófocles na obra “Antígona”, considerada como primeira manifestação de reconhecimento de um Direito Natural por inúmeros autores.

Em Aristóteles estas leis não escritas e ínsitas à natureza humana são chamadas de leis comuns, porque reconhecidas pelo consenso universal, em oposição às leis particulares, próprias de cada povo. Essa ideia de leis comuns a todos os povos, posteriormente, veio a ser adotada pelos romanos como o “Direito das Gentes”.³

Para os sofistas, o fundamento para a vigência dessas leis universais estava na natureza, sendo que em Platão essa essência humana estava na alma.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), em Jundiaí/SP; advogada em São Paulo, Jundiaí e Região.

² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11

³ *Ibidem*, p. 14.

A filosofia estóica inaugurada por Zenão em 321 a.C. perdurou para além da Idade Média, sob o fundamento de que o homem, como filho de Zeus, era possuidor de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo.

Na tradição bíblica, a ruptura entre o cristianismo e o judaísmo adveio da superação da ideia de que um Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro. A mensagem cristã postulava uma igualdade entre todos os seres.

No início do século VI, Boécio inaugurou um retorno à visão aristotélica, atribuindo à noção de pessoa, uma substância individual de natureza racional, noção essa adotada por São Thomas de Aquino, para quem o homem era composto de substância espiritual e corporal.

É essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos.

Daí surgiu a ideia de que todas as leis que contrariassem o Direito Natural não teriam vigência ou força jurídica.

Posteriormente, em Kant, a dignidade da pessoa humana vem como resultado do fato de o homem ser um fim em si mesmo, e não um meio de consecução de interesses fora dele, porque só o ser humano é dotado de razão e de vontade que o leva a condições de autonomia, ou seja, de ser capaz de guiar-se por leis que ele próprio edita.

Daí a afirmação de que todo homem tem dignidade, e não um preço. A humanidade como espécie e cada homem individualmente é insubstituível e não pode ser trocado por nada.

Tais ideias originaram a Declaração de Independência Americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda da Revolução Francesa, ambas pugnando pela igualdade e a liberdade dos homens. Porém, a escravidão acabou sendo juridicamente abolida somente no séc. XX e, após as atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, fez-se a Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁴

Portanto, embora de há muito tenha surgido no pensamento humano que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes, foi com as implicações do holocausto e de outras violações a direitos humanos cometidas pelo nazismo que as nações

⁴ Ibidem. p. 16-51.

do mundo decidiram que a promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais deveriam compor as finalidades principais da Organização das Nações Unidas.⁵

Duguit já afirmava que o homem é um ser livre por natureza, titular de direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis, os chamados direitos naturais indissolavelmente ligados à sua natureza humana.⁶

Estão acima de ideologias políticas e sua concepção de universalização serve de fundamento e mecanismo de evolução do moderno Estado Democrático.⁷

Os direitos humanos são por muitos compreendidos como um corpo jurídico de direito natural, ínsito na natureza humana e que, portanto, está acima das Constituições. Por outras palavras, se uma Constituição não respeitar esses direitos humanos, haveria um direito (natural) de ir contra a Constituição.⁸

Por meio desse pressuposto central se pode extrair a distinção entre direitos humanos e direitos e garantias fundamentais do cidadão. É que enquanto aqueles são direitos inatos que independem de reconhecimento ou normatização para existirem e serem oponíveis contra tudo e contra todos, estes – os direitos e garantias fundamentais – são direitos humanos internalizados e, como tal, reconhecidos constitucionalmente.

A dignidade da pessoa humana, como representante máxima desse corpo jurídico – constitucional ou supraconstitucional – é, portanto, o fundamento dos direitos humanos.

Até porque, no direito moderno já não se admite mais o sobrenatural-religioso como fundamento ou elemento diretivo-norteador dos direitos humanos.

Hoje, como se disse, esse fundamento está no próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa.

O pensamento ocidental acerca da dignidade humana se divide em duas tradições: a judaica e a grega. Na judaica, a participação do homem como autor de seu destino está relativizada pela vontade de um Deus onipotente e transcendente, criador do mundo. Na concepção grega, o homem tem uma dignidade própria e independente, acima de todas as

⁵ Richard B. Bilker apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

⁶ Léon Duguit, apud MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 64.

⁷ MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. Dignidade da Pessoa e Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista Dignidade*, n° 1, 2002. p. 149

⁸ Ibidem.

criaturas viventes no planeta, porque seus atos são sempre resultado de uma racionalidade e de uma emotividade ou sensibilidade. O homem é capaz de escolher livremente e traçar seus objetivos, o que se dá por meio de uma razão axiológica, ou seja, de uma capacidade de apreciação de valores éticos.

Por isso não é possível fundar a ética em princípios puramente formais, mas em preferências principiológicas concretas, ditadas também pela emoção e pelo sentimento.⁹

Oscar Vilhena Vieira ensina:

Se todas as pessoas são “um fim em si”, todas devem ser respeitadas. E ser um fim em si significa ser considerado como feixe de razão e sentimentos que não podem ser injustificadamente suprimidos. Essa noção de imparcialidade impõe que as pessoas se tratem com reciprocidade, não apenas como medida de prudência, mas como imperativo derivado da assunção de que o outro tem o mesmo valor que atribuo a mim mesmo – portanto, é merecedor do mesmo respeito.¹⁰

Na opinião de Rizzatto Nunes, “ainda que não seja definida, é visível sua violação, quando ocorre. Ou, em outros termos, se não se define a dignidade, isso não impede que na prática social se possa apontar as violações reais que contra ela se realizem”.¹¹

Chaves de Camargo ensina:

A pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Essas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação pessoal, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo o ser.¹²

No mesmo sentido Rizzatto Nunes, para quem “dignidade nasce com a pessoa. É-lhe

⁹ Ibidem.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros. p. 68.

¹¹ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 17.

¹² Chaves de Camargo apud NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49

inata. Inerente à sua essência.”¹³

Tem-se, então, que a dignidade da pessoa humana é, antes de tudo, um atributo subjacente à existência humana, que acompanha os indivíduos desde seu nascimento até sua morte e que necessita de manifestação e de concretude fática.

Para Alexandre de Moraes *dignidade* é “verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Este dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seus semelhantes, tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria”.¹⁴

Infere-se, portanto, que não há como se conceber dignidade, sem que se respeite a liberdade, a igualdade e a solidariedade como elementos que lhe são inerentes e que nela compõem um todo inseparável – a dignidade da pessoa humana – cujo sentido, alcance e manifestação devem ser preservados, seja na elaboração das normas em geral – internacionais e nacionais – seja no momento de sua interpretação e efetiva aplicação, para que assim se concretize o princípio da Justiça.

Referências:

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. Dignidade da Pessoa e Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista Dignidade*, nº 1, 2002.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005.

RIZZATTO NUNES, Luiz. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

¹³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60.

_____. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

PROCESSO E PROCEDIMENTO

*Alexandre Barros Castro*¹

Se as expressões "processo" e "procedimento" não suscitam mais quaisquer controvérsias entre os processualistas, o mesmo não ocorre quando falamos num suposto "procedimento administrativo tributário", ou num suposto "processo administrativo tributário". Eis a razão pela qual, antes de adentrarmos no campo efetivamente de nosso interesse necessitamos imperativamente realçar algumas ideias, para que familiarizados com as lições processuais, possamos lançar luzes a fim de vencer este primeiro obstáculo que nos surge.

Ressalte-se que com tal análise não se pretende inovar ou acrescentar algo ao que já é conhecido sobre o assunto, mas apenas trazer a colação algumas informações para posteriores considerações.

Como sabemos, a lide perturba a vida em sociedade. É em função dela que surge o direito, com o objetivo precípua de restabelecer a paz social. No dizer dos processualistas², compor a lide é resolver o conflito de interesses, segundo a ordem jurídica préestabelecida. A lei reguladora, abstrata e geral, aplicando-se ao fato, se manifestará através de operações e órgãos adequados, sob a forma de lei especial e concreta, resolvendo a lide. A essa soma de

¹ Presidente da 33ª Subsecção da OAB (2004-06), Conselheiro Estadual da OAB/SP (2007-09), autor de diversas obras jurídicas, professor universitário e advogado em Jundiaí.

² "Lide, portanto, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida [...], compor a lide é resolver o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a". Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, 1º v. p. 9.1.

No mesmo sentido é o ensinamento de José Frederico Marques; : "[...] como o litígio não pode ser solucionado, com a prevalência, conseguida pela força, de um dos litigantes, intervém o Estado, mediante a provocação de um dos sujeitos do litígio, a fim de compô-lo, dando a cada um o que é seu.

[...] lide e litígio são vocábulos sinônimos. O litígio é anterior ao processo, mas sua existência constitui "*conditio sine qua non*" do processo: inexistindo litígio, não há sequer interesse em instaurar-se a relação processual. Dá-se, outrossim, o nome de litígio ou lide a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida". MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 1, p. 8, 123-125.

Ainda, lastreado nas magistrais lições de Francesco Carnelutti; : "interesse é a posição favorável para a satisfação de uma necessidade, assumida por uma das partes; e pretensão, a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio". CAMELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova, 1936, v. I, n. 2 e 14.

atos que convergem ordenada e sucessivamente, para a justa e imparcial solução do litígio, denomina-se procedimento.

Como bem observa Liebman, representa o procedimento uma coordenação dos atos processuais em marcha, ligados entre si pela "causa finalis" do processo ou, mesmo, de uma fase deste; ostentando, destarte índole meramente formal.³

Em últimas palavras, balizados nas sempre magistrais lições de José Frederico Marques, podemos concluir, dizendo que todos os atos reunidos, em razão do signo finalístico da composição do litígio segundo as regras do direito objetivo, exteriorizam-se sob a forma de procedimento. "Forma dat esse rei".⁴

Não se confunde processo com procedimento. Processo é o meio ou instrumento de composição da lide. Se o procedimento, como vimos é a marcha dos atos processuais, coordenados sob formas e ritos, o processo, por seu turno tem significado diverso, porquanto constitui uma relação de direito que se estabelece entre seus sujeitos durante a substanciação do litígio.

Segundo ensinamentos de Alcalá-Zamora:

[...] el proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha.⁵

O processo tem um sentido preponderantemente teleológico, como instrumento que é de paz social, de concretização da justiça. Essa é sua " causa finalis ". Por outro giro, tem o procedimento um caráter formal, enquanto o processo define-se pelo fim, este pela forma.

Como nos ensina Arruda Alvim, processo é termo designativo tanto da ideia de desenvolvimento, andamento ("procedere") como da relação jurídica complexa, envolvendo autor, réu e juiz, na qual estas partes convivem com seus respectivos direitos e deveres.⁶

No mesmo sentido é a posição de Agustin Gordillo:

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, nº 67 , 2. Ed., México, 1970, p. 115-116.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. In: *Teoria Geral do Processo Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 6-17.

⁵ ALCALÁ-ZAMORA. op. cit. p. 116.

⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: editora R.T., 1979, v. 1, p. 4.

proceso es un concepto teleológico, procedimiento un concepto formal. Al hablar de proceso destaca que el conjunto de actos en consideración tiene por finalidad esencial llegar al dictado de un determinado acto: en el concepto que adoptamos, ese acto es el jurisdiccional. Al hablar de procedimiento, por el contrario, se prescinde del fin que la secuencia de actos pueda tener, y se señala tan sólo ese aspecto externo, de que existe una serie de atos que se desarrollan progresivamente.⁷

Se não bastassem tais diferenças, que tornam inconfundíveis as expressões "procedimento" e "processo", outra há, que nos parece sepultar de vez, qualquer dúvida ainda existente. No processo está sempre presente a jurisdição (entendida aqui como a extensão e limite do poder de julgar de um juiz) o que não se dá com o procedimento, no qual apenas se ordenam, que pode coordenar atos que se sucedem, para atuação de outro órgão como, "verbi gratia", uma autoridade administrativa.

Traçados os vários pontos de distinção entre ambos os conceitos, necessitamos vencer outro obstáculo: o da terminologia. Estaríamos certos ao tratar de um eventual "processo administrativo tributário", ou estaríamos em melhor companhia, se nos alinhássemos aos que falam em "procedimento administrativo tributário"?

Tal questão que se levanta, antes de ser uma questão meramente terminológica, apresenta uma série de consequências práticas, em função de uma ou outra denominação. Reside aí, indubitavelmente, uma das grandes dificuldades do tema, especialmente aquela decorrente da impugnação do particular a uma exigência do poder público, carecer ou não de uma estrutura contraditória. Ou em outras palavras, estaria o poder tributante adstrito a manter mecanismo administrativo, pelo qual se propiciaria ampla defesa do contribuinte? Ou não haveria tal exigência? Essas e outras indagações surgem em face da relevância da discussão.

Como se vê o que se está a buscar é o exato alcance e a natureza jurídica⁸ de uma atividade que, embora chamada jurisdiccional, afasta-se dos moldes clássicos desta. A melhor

⁷ GORDILLO, Agustín. *Procedimiento y Recursos Administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Marcchi, 1971, p. 23.

⁸ Natureza jurídica assinala notadamente a essência ou atributos essenciais e que devem vir com a própria coisa. Busca-se a natureza mediante a comparação com institutos jurídicos conhecidos, inserindo-se as indagações a seu respeito dentro dos quadros da dogmática jurídica.

A natureza da coisa põe em evidência sua própria substância, revelando a razão de ser, seja do ato, do contrato ou do negócio. Mais do que por meio de uma análise conceitual, a determinação da natureza jurídica de um

doutrina, tem se interrogado sobre tais questões, dividindo-se basicamente em três correntes: os que entendem tratar-se de um exercício judicial de uma função administrativa, os que veem uma verdadeira jurisdição, e por fim os que concluem não ser a jurisdição voluntária nem atividade administrativa, nem jurisdicional, constituindo um "tertium genus".

Referências:

- ALVIM,. Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: editora R.T., 1979, v. 1.
- CAMELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova, 1936, v. I, n. 2 e 14.
- GORDILLO, Agustin. *Procedimiento y Recursos Administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Marcelli, 1971.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, nº 67 , 2. Ed., México, 1970.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 1.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, 1º v.

instituto deverá fazer-se mediante o estudo de seus efeitos. A categoria jurídica a que se chegar com tal estudo, nos apontará no sentido de um regime positivo a ser aplicado, reside aqui, pois a grande relevância prática de sua determinação.

**O CARÁTER INCOMPLETO E INACABADO DA CONSTITUIÇÃO:
o que pretende Hesse quando refere o “*caráter incompleto e inacabado da constituição*”,
considerando a diferença com a constituição como sistema aberto.¹**

*João Jampaulo Júnior*²

A questão proposta tem como ponto de referência a estrutura e função da *Constituição*. As normas da *Constituição não são completas e nem perfeitas*. Existem várias questões de ordem estatal que estão reguladas na *Constituição*. Porém, outros setores da vida estatal em sentido estrito são regulamentados por outras disposições e outras questões sequer se encontram regulamentadas.

A *Constituição não é uma unidade fechada*. Seus *elementos* se encontram em situação de *mútua interação e dependência* formando uma globalidade produzindo um conjunto. Esse jogo global não está livre de tensões e contradições. Por isso que se diz que a *Constituição* só pode ser compreendida e interpretada *corretamente* quando ela é entendida como *uma unidade*. Celso Bastos alerta para a importância do *Princípio da Unidade da Constituição*, onde as suas normas não podem ser interpretadas isoladamente, mas sim de uma maneira sistêmica.

Por outro lado, a *Constituição não codifica*, mas *regula* na maioria das vezes *de forma pontual* aquilo que parece importante, que necessita uma determinação. Outras questões deverão ser regulamentadas pelo restante do ordenamento jurídico. Por isso a *Constituição não tem lacunas; não é um sistema fechado, mas sim um sistema aberto*. Maria Garcia discorrendo sobre lacuna constitucional em várias oportunidades sempre destacou o fato de que se a *Constituição* não disse, foi porque não quis. Ela é suprema e diz o que quer. Não há integração e nem antinomia. Se a sociedade ou a doutrina entenderem necessário complementar a *Constituição*, ela poderá *ser objeto de emenda* ou nova interpretação *através da jurisprudência*.

Konrad Hesse destaca que alguns temas ficam propositadamente abertos na *Constituição*, deixando espaços para *discussão, decisão e formato*. A *Constituição* deve

¹ Comentário e análise de texto da obra de HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 17-19.

² Mestre e Doutor em Direito do Estado (Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

permanecer *incompleta e inacabada* para poder ser submetida e se adequar às mudanças da história e da sociedade. Se *for fechada* necessitará sempre de reforma. Se *for aberta* poderá se adequar às mudanças decorrentes da evolução histórica.

As matérias que não possuem *caráter vinculante* a *Constituição* deixa em aberto. Com regras claras compreensíveis e que possibilitam um resultado adequado, a questão ganha importância quando a *Constituição* se mantém mais aberta em seu conteúdo.

As características de *abertura e amplitude* de um lado e de outro as *disposições vinculantes* são englobadas pela *Constituição*. Contudo, o ponto decisivo está na polaridade desses elementos. A *mobilidade* e a *rigidez* constitucional são elementos necessários. O primeiro para *acompanhar a evolução histórica*. O segundo para *garantir a estabilidade da vida em comunidade*.

Hesse fala em “*vontade da Constituição*”. Quanto *mais intensa for essa vontade*, tanto *mais longe poderá situar os limites das possibilidades de execução* da *Constituição*. Com o *âmbito normativo a sociedade* submete-se a mudanças históricas. Os resultados da *concretização da norma* podem mudar, a pesar do texto da norma (*o programa normativo – a lei*), continua sendo idêntico. De tudo isso *resulta uma mutação* constitucional constante.

Finalizando o caráter incompleto e inacabado da *Constituição* possibilita a abertura de espaços para discussões, decisões e formatos, viabilizando uma adequação da *Constituição* às mudanças da história e da sociedade. Noutro giro, se estivermos diante de uma *Constituição* como um sistema aberto, ela não necessitará de constantes reformas, uma vez que ela poderá se adequar através das mudanças históricas. Por isso é que se diz que a *mobilidade* e a *rigidez* constitucional são elementos necessários quer para o acompanhamento da evolução histórica, quer para garantir a estabilidade da vida em comunidade.

Referências:

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

A SUBSTANCIAL CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

*Sérgio Igor Lattanzi*¹

1. Da Centralização da Carga Tributária

O título do presente artigo já nos direciona às conclusões do mesmo, pois o que se irá estudar é a substancial carga tributária brasileira e suas implicações. Dois aspectos que envolvem nosso tema é a centralização da carga tributária nacional nas mãos do Governo Federal e, se, realmente, nossa carga tributária é substancial.

Sobre o primeiro tópico, podemos asseverar sem maiores dissonâncias que a carga tributária no Brasil é extremamente centralizada nas mãos do Governo Federal, sendo certo que referida monopolização foi amenizada em nossa vigente Constituição, entretanto, através de ardis legislativos, permanece a União com volume substancial da carga tributária pátria.

Cumprе ressaltar que a centralização da carga tributária em nosso país detém origem atávica desde o seu descobrimento, ou seja, desde os tempos de colônia, passando por reino e Império até desaguardarmos no nosso sistema federativo, a centralização das benesses e da arrecadação sempre foi regra em nossa Nação.

Realmente, no Brasil, apesar de constituir-se como uma Federação, concentra no Poder Central (UNIÃO) número significativo de funções e poderes que poderiam ser designados às demais pessoas jurídicas de direito público internos (Estados, Distrito Federal e Municípios).

Essa tendência centralizadora é motivada em razão da formação do nosso Estado. Alguns questionam: Por que os Estados Unidos da América detém uma autonomia muito maior do que os Estados Unidos do Brasil, hoje, República Federativa do Brasil?

Não custa nos lembrarmos que os Estados Unidos da América foram, inicialmente, formados como uma Confederação, ou seja, a autonomia era total dos Estados, mas a União dos mesmos ocorreu por questões de fortalecimento de sua representatividade internacional.

¹ Mestre e doutor em direito tributário pela PUC-SP. Professor de direito tributário do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta).

Assim, ao se transformarem em uma Federação, os Estados Membros mantiveram o máximo possível de sua autonomia num processo que podemos nominar de centrípeto (de fora para dentro).

Já o Brasil, ao contrário dos Estados Americanos, como noticiado em parágrafos anteriores, foi descoberto e lhe outorgado status de Colônia (1500), transformando-se em Reino (1808) e posteriormente em Império (1822) até a proclamação da República (1889). Cumpre observar que neste processo de mutação, ao se proclamar a República, a primeira Constituição Republicana acaba avocando maiores poderes à União em detrimento dos Estados-membros, num processo que podemos nominar de centrífugo.

Após a primeira Constituição Republicana de 1891, o Brasil proclamou mais 6 (seis) constituições, as de 1934; 1937; 1946; 1967 (EC/ 1969) e a atual Constituição de 1988. Ao fazermos uma rápida análise, vamos observar que na quase totalidade destas Constituições, parte substancial da arrecadação tributária se centralizava na competência da União.

Como alertamos alhures, nossa Constituição de 1988 tentou normatizar uma distribuição mais justa da arrecadação tributária entre os entes federativos, redistribuindo parte importante de sua arrecadação aos Estados Membros, Distrito Federal e para os Municípios (art. 157 a 162 da CF), entretanto, a ideia centralizadora, arraigada desde o descobrimento do Brasil, permanece até os dias atuais.

Apesar das tentativas da vigente Constituição, a União, através de emendas à Constituição e com o aval do Congresso Nacional, lançou mão da criação das chamadas Contribuições Sociais da Seguridade e das Contribuições Interventivas com o objetivo de aumentar, substancialmente, mais uma vez, a participação da União na maior parte da arrecadação tributária pátria.

Alguns questionam o porquê a União não lançou mão do aumento dos impostos que já detinha competência tributária (IPI e IR) ao revés de aventurar-se em criar emendas que viessem autorizá-la a aumentar a criação das contribuições sociais e interventivas. A resposta à presente questão é muito simples. A União preferiu o caminho aparentemente mais difícil para não ter que partilhar a arrecadação da criação e majoração da carga tributária. Expliquemos melhor. Se a União optasse pela majoração do Imposto Sobre a Renda (IR) e do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), teria, nos termos do artigo 159 da Constituição vigente, que entregar 48% (quarenta e oito por cento) dos valores arrecadados para os fundos

de participação dos estados, distrito federal, dos municípios e programas de financiamentos e incentivos.

Em suma, ao se criar novas contribuições sociais e majorar as já existentes, a União se desobrigou da repartição da carga tributária aumentando de forma significativa sua arrecadação. Tal atitude do Poder central foi tão acintosa que, em face às reclamações dos Estados e dos Municípios, criou-se, de forma teratológica, a repartição de contribuição de intervenção no domínio econômico sobre combustíveis através da Emenda Constitucional de número 44/2004.

Conforme podemos concluir, a centralização da arrecadação da carga tributária não é um fenômeno que ocorreu, apenas, no período colonial, mas vem se estendendo até os dias hodiernos.

2. Será que a carga tributária Nacional é, realmente, substancial?

Após resolvermos a primeira questão, podemos partir para outra dúvida que nos assola, qual seja, a carga tributária brasileira é realmente onerosa? Referido questionamento se instaura quando se cobra do Estado serviços de qualidade, bem como novos serviços que venham suprir as necessidades coletivas. Quando fazemos tais exigências ouvimos regularmente que o Estado não faz mais e melhor, porque a arrecadação não é suficiente. Por outro lado, ouve-se do contribuinte que o mesmo não colabora mais ou que o índice de sonegação é alto, porque o Estado não oferece os serviços públicos de forma condigna.

Num primeiro momento, parece que nos encontramos em uma situação tautológica, isto quer dizer, por um lado o Estado diz que não faz mais porque não arrecada o suficiente e por outro lado o contribuinte justifica a sonegação ou o desânimo em contribuir com o Estado porque este cobra muito e pouco faz.

Vamos elucidar a questão tentando partir de ponto de referência sólido, através de dados estatísticos e respondendo algumas outras questões à saber: O produto Interno bruto (PIB) brasileiro é significativo? O percentual da arrecadação em relação ao PIB é, comparativamente, substancial?

3. Do Produto Interno Bruto Brasileiro

Lembrando dos critérios da regra-matriz de incidência tributária, especialmente do aspecto dimensional, aquele que quantifica o valor do tributo devido, observamos que o mesmo é formado por dois subcritérios distintos, quais sejam, a base de cálculo e a alíquota. Temos como base de cálculo o valor do serviço ou do negócio realizado e da alíquota o percentual que aplicado sobre a base de cálculo, determina o tributo devido. Exemplificando: se a prestação de um determinado serviço for de R\$ 100.000,00, esta será a base de cálculo para a apuração do Imposto sobre Serviços à alíquota de 5% (cinco por cento). Para apurarmos o valor devido, aplicaremos o percentual de 5% (alíquota) sobre R\$ 100.000,00 (Base de cálculo), assim, teremos como resultado o valor de R\$ 5.000,00 (tributo devido).

A explicação do critério quantitativo supra, foi realizada com o intuito de fazermos a comparação da carga tributária pátria com os critérios da regra-matriz, onde o Produto Interno Bruto (PIB) seria a base de cálculo e o percentual da arrecadação sobre o PIB seria a alíquota. Assim, comecemos pelo nosso PIB que chamaremos, por questões didática, de base de cálculo.

Segundo revistas especializadas² apesar de no ano de 2012 o Brasil ter caído no ranking das maiores economias do mundo, podemos observar que nos encontramos na sétima posição, com um PIB aproximado de US\$ 2,43 trilhões de dólares, algo superior a R\$ 6.000.000.000.000,00 (seis trilhões de reais), assim sendo, apesar dos esforços de nossos governantes alegarem as dificuldades em promover a consecução do bem comum com a arrecadação tributária atual, ao nos posicionarmos na sétima economia do planeta, temos um indício veemente de que a arrecadação no Brasil não é baixa. Mas, não podemos levar em consideração apenas o PIB brasileiro, pois se o percentual de arrecadação for ínfimo nada adianta termos um dos maiores PIB's do planeta.

² <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/pib-de-2012-confirma-queda-do-brasil-no-ranking-das-maiores-economias>.

4. Do percentual da carga tributária no Brasil

Como vimos de ver, se tomarmos como ponto de partida apenas o Produto Interno Bruto brasileiro não podemos concluir se, realmente, a carga tributária é compatível com países de primeiro mundo ou não. Para podermos checar se estamos falando de carga tributária substancial, deveremos observar o seu percentual, que iremos chamar aqui de alíquota, por questões, repita-se, meramente didáticas.

Sim. Temos a sétima maior economia do planeta, mas será que temos um percentual de arrecadação que corresponda as necessidades públicas, comparando-a, evidentemente, com outros grandes economias?

Bem, segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) o percentual da Carga Tributária Brasileira no ano de 2012 sobre o PIB foi de 36,27% (trinta e seis inteiros e vinte e sete centésimos percentuais). A projeção de arrecadação tributária para o ano de 2013 é de, aproximadamente, US\$ 891.000.000.000,00 (oitocentos e noventa e um bilhões de dólares), isto quer dizer, quase R\$ 2.300.000.000.000,00 (dois trilhões e trezentos bilhões de reais).

Cumpramos lembrar que o Brasil detém um número recorde de tributos chegando a aproximadamente 90 tipos entre Impostos (12), Taxas (33), Contribuições e Adicionais (45).

Observem que nossa carga tributária representa quase 37% do PIB nacional, assim, será que o Brasil, comparando seu índice de arrecadação com os demais países desenvolvidos ou em desenvolvimento, detém uma carga tributária substancial?

Bom, para tentarmos responder tal questionamento, precisamos verificar quais os percentuais da carga tributária destes países e compará-las com o Brasil. Assim, ao verificarmos outras nações desenvolvidas ou em desenvolvimento, observaremos os seguintes percentuais à saber:

País	Carga tributária (%)
Austrália	31%
Chile	21%
Coreia do Sul	29%
Estados Unidos	28%
Japão	27%
Reino Unido	36%
Rússia	23,73%
Suíça	29%

Não precisa ser nenhum *expert* em economia para percebermos que a carga tributária brasileira se encontra acima das maiores economias do mundo, portanto, ao asseverar que o governo brasileiro não faz mais e melhor em face da insuficiência de arrecadação é argumento totalmente falacioso, pois o Chile, como o país com melhor índice de desenvolvimento na América do Sul, que tem uma carga tributária de 21% (vinte e um por cento) do seu PIB, isto quer dizer, apesar de ter uma carga tributária 43% (quarenta e três por cento) menor do que a carga tributária brasileira, desfruta de um índice de desenvolvimento muito melhor. Concluindo, além da carga tributária brasileira ser alta, ela é muito mal administrada.

5. Observações gerais

O direito tributário é tratado em nossa Constituição Federal de forma ímpar, superando, ousamos dizer, qualquer outro assunto. Para termos uma ideia, dentre as 75 (setenta e cinco) Emendas Constitucionais editadas desde a promulgação de nossa Constituição em 05 de outubro de 1988, nada menos do que 40% (quarenta por cento) delas é dedicada a matéria tributária.

A carga tributária brasileira vem num crescendo assustador, mesmo quando o Governo lança mão da chamada renúncia fiscal (desoneração da folha de pagamento, por exemplo), pois conforme podemos observar, a chamada renúncia fiscal faz em uma ponta da economia reduzir a carga tributária de forma individualizada, mas em termos globais, em face da redução do custo que ela proporciona e do conseqüente aumento do consumo de bens e serviços, deflagra verdadeiro aumento da arrecadação, sendo que neste caso o aumento ocorre não pela elevação da carga, mas sim pela sua redução, que ocasiona, como já dissemos, o aumento da aquisição de bens e serviços o que faz aumentar a arrecadação. Vários países no passado já observaram esse fenômeno, pois o México, a Inglaterra e outros tantos países, tiveram o aumento da arrecadação de tributos alavancados pela redução da carga tributária que onerava o consumidor/contribuinte final.

6. Conclusões

Como vimos de ver, o Brasil não só detém um PIB substancial, como, de forma idêntica, detém uma substancial arrecadação sobre este PIB (36,27%). Em síntese conclusiva, podemos asseverar sem quaisquer margem de dúvidas que a carga tributária brasileira é extremamente alta e que os serviços são de baixa qualidade. Parafraseando o Professor Kiyoshi Harada, o Brasil detém uma carga tributária de primeiro mundo, mas presta serviços de quinto mundo. Evidentemente que tais distorções são fruto de problemas crônicos de ausência de gestão pública competente e de índices de corrupção deflagradores de superfaturamento das obras e dos serviços públicos. Assim sendo, para não ficarmos apenas no ataque, podemos concluir para que se melhore o oferecimento de serviços e realização de obras públicas de qualidade, os seguintes pontos a seguir descritos deverão se observados:

- a) A redução da carga tributária existente e o aumento da fiscalização sobre os contribuintes, pois assim agindo, o Estado desonera o preço dos bens e serviços e aumenta o número de contribuintes e a arrecadação através do aumento da demanda destes bens e serviços;
- b) Programa especial para regularização de débitos anteriores a reforma com a anistia total e remissão parcial do principal e dos juros, além de prazo substancial para

o seu adimplemento, sem comprometimento da continuidade dos negócios dos contribuintes;

- c) Investimento em infraestrutura para a fomentação dos negócios realizados no mercado interno e externo;
- d) Melhoria substancial da gestão dos recursos públicos; e
- e) Combate implacável a corrupção.

Devemos enfatizar que, isoladamente, estas sugestões não surtirão os efeitos desejados, para que se atinja os objetivos almejados todas deverão ser colocadas em prática de forma simultânea, pois só assim teremos uma carga tributária menor e serviços públicos de excelência, ou seja, teremos arrecadação de primeiro mundo com serviços, também, de primeiro mundo.