

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

---

---

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

---

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 6	n. 3	p. 1 - 374	dez	2016
--	----------	------	------	------------	-----	------

## **REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Brazilian Journal of Public Policy*

### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

#### **Linha editorial**

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de três áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

#### **CONSELHO EDITORIAL**

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

#### **EDITOR**

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

#### **EDITORA ADJUNTA**

Priscila Pereira de Andrade, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

<http://www.rbpp.uniceub.br>

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.  
– vol. 6, n. 3 (dez. 2016) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

# Sumário

## **INOVAÇÃO INSTITUCIONAL E RESISTÊNCIA CORPORATIVA: O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ..... 14**

Leandro Molhano Ribeiro e Christiane Jalles Paula

<b>I. Introdução .....</b>	<b>15</b>
<b>2. A longa construção da ideia de controle do poder judiciário.....</b>	<b>16</b>
2.1. A derrota do controle externo na Assembleia Nacional Constituinte.....	17
2.2. A reelaboração do significado de controle nas propostas de reforma do judiciário.....	18
<b>3. CNJ: aspectos da institucionalização .....</b>	<b>22</b>
3.1. Definição da agenda inicial do CNJ: atores, contexto e estratégias.....	22
3.2. Primeiras ações: definição de prioridades e negociações .....	23
<b>4. Considerações finais .....</b>	<b>25</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>27</b>

## **A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA MAGISTRATURA BRASILEIRA: ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE EM MEIO À TENSÃO ENTRE O DEVER DE PRESTAR CONTAS E A GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL ..... 30**

Marcelo Roseno de Oliveira

<b>1. Introdução .....</b>	<b>30</b>
<b>2. Os modelos de responsabilidade judicial e o papel do controle social da magistratura .....</b>	<b>32</b>
<b>3. O controle social da magistratura no Brasil: accountability e responsividade na construção de uma agenda política para o Poder Judiciário .....</b>	<b>34</b>
<b>4. Os fatores informais de responsabilidade social da magistratura no Brasil: a imprensa e a opinião pública .....</b>	<b>36</b>
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>39</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>39</b>

## **THE END OF THE WORLD AS THEY KNEW IT: SHOULD FORMER JUDGES BE DENIED ADMISSION TO THE BAR AFTER THE TRANSITION TO DEMOCRACY? ..... 42**

Stefan Kirchner

<b>1. Introduction .....</b>	<b>43</b>
<b>2. The attorney in the German legal system .....</b>	<b>45</b>
<b>3. Barriers to the admission to the bar in Germany .....</b>	<b>46</b>
<b>4. Ethics matter.....</b>	<b>48</b>
<b>5. Final conclusions .....</b>	<b>49</b>

References.....	50
-----------------	----

## **CONDICIONANTES E DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL .....52**

João Pedro Schmidt

<b>1. Introdução .....</b>	<b>53</b>
<b>2. Condições de efetividade e eficácia das políticas, segundo a teoria da orientação social .....</b>	<b>55</b>
2.1. Responsividade: atenção às necessidades básicas do ser humano .....	55
2.2. Poder como persuasão.....	56
2.3. Consenso baseado em valores.....	56
2.4. Informação e conhecimento sintético.....	57
2.5. Decisões baseadas em sondagem mista .....	58
2.6. Fatores normativo-afetivos .....	59
2.7. A voz moral das comunidades .....	60
2.8. Cultura política.....	60
2.9. Mobilização social e cidadãos ativos .....	61
<b>3. Políticas para que? Diretrizes de orientação ativa nas políticas públicas .....</b>	<b>62</b>
3.1. Boa sociedade .....	62
3.2. Bem comum e direitos individuais.....	62
3.3. Democracia forte .....	63
3.4. Justiça social: liberdade e igualdade .....	64
3.5. Equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado .....	65
3.6. Cooperação pública .....	66
3.7. As funções públicas do terceiro setor e das redes sociais .....	66
3.8. Poder local e poder global.....	67
3.9. Superação da sociedade de mercado .....	68
3.10. Fraternidade e felicidade na cultura comunitária pós-moderna .....	69
<b>4. Considerações finais .....</b>	<b>70</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>70</b>

## **GESTÃO PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: TEORIA DO ESTADO E TECNOLOGIAS DE GOVERNANÇA DIFUSA PARA CONTROLE SOCIAL .....74**

Thiago Souza Araujo, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva e Aires Jose Rover

<b>1. Introdução .....</b>	<b>75</b>
<b>2. Abordagem metodológica.....</b>	<b>76</b>
<b>3. Teoria do estado e as PPP.....</b>	<b>77</b>
3.1. PPP no Brasil .....	79

3.2. PPP e estratégia de desenvolvimento econômico .....	81
<b>4. Conceito de “esfera público-privada” e um modelo de regulação difusa baseada nas tecnologias de informação e comunicação .....</b>	<b>83</b>
4.1 Esfera Público-Privada .....	86
4.2. Viabilidade tecnológica: modelo conceitual .....	90
<b>5. Benefícios sociais e econômicos.....</b>	<b>93</b>
<b>6. Considerações finais .....</b>	<b>94</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>94</b>

**A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DE PESSOAS JURÍDICAS. A EMPRESA COMO AGENTE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: NOTAS INTRODUTÓRIAS AO DIREITO EMPRESARIAL CONSTITUCIONAL .....** **100**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello

1. Introdução e contornos do problema .....	101
2. A pessoa jurídica e a empresa no direito brasileiro.....	103
3. A dogmática de direitos fundamentais e a atividade empresarial.....	108
4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em tema de direitos fundamentais e pessoas jurídicas .....	110
5. Comentários finais e conclusões.....	116
Referências bibliográficas.....	117

**DA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS GRUPOS DE SOCIEDADES SOB A ÓTICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....** **121**

Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá

1. Introdução .....	122
2. Os grupos de sociedade.....	124
2.1. Aproximação da matéria.....	124
2.2. Tipologia dos grupos de sociedade .....	126
2.2.1. Grupos de direito e grupos de fato.....	126
2.2.2. Grupos de base societária, de base contratual e de base pessoal .....	127
2.2.2.1. Grupos de base societária.....	127
2.2.2.2. Grupos de base contratual .....	128
2.2.2.3. Grupos de base pessoal .....	129
2.2.3. Grupos de subordinação e grupos de coordenação.....	130
3. A desconsideração da personalidade jurídica .....	131
3.1. A origem da disregard doctrine no Direito Norte-Americano .....	131
3.2. Teorias clássicas explicativas da desconsideração.....	132
3.2.1. Teoria Subjetiva.....	132

3.2.2. Teoria Objetiva.....	133
3.2.2.1. Teoria da Aplicação das Normas.....	134
<b>4. Conclusões: da incorporação da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro pelo código de defesa do consumidor.....</b>	<b>135</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>137</b>

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: SEMELHANÇAS E INCOMPATIBILIDADES ..... 141**

Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite

<b>1. Introdução .....</b>	<b>141</b>
<b>2. Critério estático da distribuição do ônus da prova .....</b>	<b>142</b>
2.1. Críticas ao critério estático .....	143
<b>3. Proteção à vulnerabilidade do consumidor .....</b>	<b>145</b>
<b>4. Panorama sobre inversão do ônus da prova no CDC .....</b>	<b>147</b>
4.1. Os pressupostos para inversão do ônus da prova no CDC.....	148
4.2. Alternatividade dos requisitos?.....	149
4.3. Momento da inversão do ônus da prova no CDC.....	149
<b>5. A Teoria da Distribuição dinâmica no CPC .....</b>	<b>150</b>
5.1. A impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova e a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário .....	151
5.2. A prova “diabólica” na teoria da distribuição dinâmica .....	151
<b>6. Paralelo entre inversão do ônus da prova (CDC) e a distribuição dinâmica do ônus da prova (CPC). 152</b>	
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>153</b>

**A CLÁUSULA DE INTERDIÇÃO DE CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA: O CASO DA COMPANHIA DOS TECIDOS DE JUTA (1914). NOTAS SOBRE SEUS REFLEXOS NORMATIVOS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS ..... 157**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Daniel Amin Ferraz

<b>1. Introdução .....</b>	<b>158</b>
<b>2. O caso da Companhia de Juta .....</b>	<b>160</b>
2.1. Os fatos e o início da discussão .....	160
2.2. Os memoriais de Rui Barbosa .....	162
2.3. A sustentação oral de Carvalho de Mendonça .....	164
2.4. A sustentação de Rui Barbosa .....	166
2.5. A decisão por maioria e a vitória da tese de Rui Barbosa .....	166
<b>3. Referências doutrinárias à cláusula de não-concorrências e referências ao Caso da Juta.....</b>	<b>167</b>
<b>4. Referências jurisprudenciais à cláusula de não concorrência.....</b>	<b>170</b>
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>173</b>

Referências bibliográficas.....	174
---------------------------------	-----

**CONDITIONAL CASH TRANSFERS (CCT) IN LATIN AMERICA: ANALYZING THEIR POTENTIALS AND CHALLENGES SPECIAL REFERENCE TO THE ARGENTINE REPUBLIC ..... 178**

Luciano Carlos Rezzoagli, Gonzalo Chiapello e Florencia Cabrera

1. Introduction .....	179
2. CCT and its exploitation; Conditionality as its specific trait. ....	181
3. Social Responsibility. ....	182
4. Social and economic effects of CCT in recessionary economies. ....	184
5. The situation in Argentina. ....	186
6. Final considerations.....	189
Bibliography .....	190

**A CONTRADIÇÃO ENTRE A REGULAMENTAÇÃO EXISTENTE E A COMPLEXIDADE DOS FATOS REAIS NO CASO DAS DROGAS PARA DOENÇAS NEGLIGENCIADAS ..... 194**

Marcos Vinício Chein Feres, Lorena Abbas da Silva, Pedro Henrique Oliveira Cuco e Alan Rossi Silva

1. Introdução .....	195
2. Marco teórico .....	196
3. Metodologia .....	198
3.1. A pesquisa empírica em direito .....	198
3.2. A coleta e emprego dos dados .....	199
4. Os resultados e o processo de inferências .....	201
5. Considerações finais .....	206
Referências bibliográficas.....	207

**A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL..... 210**

Francisco Antonio Morilhe Leonardo

1. Introdução .....	211
2. Diretrizes da lei: objetivos, objeto e contextos da violência de gêneros. ....	211
3. Tipos de manifestação da violência.....	214
4. Destinatários da lei quanto à orientação sexual.....	216
5. Considerações finais .....	219
Referências bibliográficas.....	220

**TRANSEXUALIDADE E O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DE POST, SIEGEL E FRASER .....223**

Maria Eugenia Bunchaft

1. Introdução .....	224
2. Transexualidade e despatologização e a questão do “direito dos banheiros por pessoas trans”. 227	
3. O voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779 à luz dos aportes teóricos do Constitucionalismo Democrático.....	228
4. O debate Honneth-Fraser.....	231
2. Reflexões filosóficas sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779 à luz do debate Honneth-Fraser.....	236
6. Considerações finais .....	238
Referências bibliográficas.....	240

**CHINA’S NEW CONCEPT OF DEVELOPMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS.....245**

Di Zhou

1. Introduction .....	246
2. Historical development of the ecological civilization in the context of global sustainable development .....	247
2.1. The transitioning from millennium development goals to the sustainable development goals: everything but nothing?.....	247
2.2. The formation of the concept of ecological civilization in China .....	249
3. The ecological civilization: a chinese style of sustainable development? .....	252
3.1. The coincidental coupling of new development concepts at international and national levels .....	252
3.2. The independent values of the ecological civilization .....	253
3.3. How can China interact with the world? .....	254
4. China’s strategic choice in implementing the new concept of development from the perspective of the 2030 sdgs: “top-down” and “bottom-up” .....	255
5. Final conclusions .....	257
References.....	257

**CONTAMINAÇÃO MICROBIOLÓGICA DA ÁGUA: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO .....260**

Patrícia Maino Wartha, Haide Maria Hupffer, Gustavo da Silva Santanna e Fernando Rosado Spilki

1. Introdução .....	261
2. Contaminação microbiológica da água por patógenos emergentes .....	262
3. A primazia da lei em relação às outras fontes do direito.....	264
4. A (im)possibilidade de legislar sobre o futuro .....	266
5. Diálogo entre as fontes do direito na questão dos patógenos emergentes.....	269

6. Considerações finais .....	274
Referências bibliográficas.....	275

**SOLAR PANELS IN BRAZIL: A FEASIBLE PUBLIC POLICY.....279**

Henrique Pissaia de Souza

1. Introduction .....	280
2. Analysis .....	280
2.1. Background .....	280
2.2. Environmental aspects .....	281
3. Policy proposed.....	282
3.1. Intervention policy tool.....	282
3.2. Cost-benefit analysis .....	283
3.3. Political feasibility .....	285
4. Implementation:.....	287
5. Final conclusions .....	287
References.....	288

**UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, TERRAS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS NO ESTADO DO AMAPÁ: COMO DESENVOLVER UM ESTADO CUJO TERRITÓRIO ESTÁ 70% PROTEGIDO POR LEIS? .....290**

Linaira Oeiras Assunção

1. Introdução .....	291
2. O ordenamento do território e as áreas protegidas do Estado do Amapá.....	292
3. Notas sobre a transferência da união para o estado do Amapá das terras públicas federais situadas em seu território.....	299
4. Marcos legais e desenvolvimento .....	300
5. Dilemas de desenvolvimento no Amapá.....	303
6. Considerações finais .....	306
Referências bibliográficas.....	306

**A EDUCAÇÃO DIFERENCIADA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL DOS GUARANI E KAIOWÁ NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL ..... 310**

Isabelle Dias Carneiro Santos

1. Introdução .....	311
2. Breve histórico dos Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul.....	311
3. A educação indígena e a educação escolar indígena .....	313
4. A legislação de proteção à educação escolar indígena.....	315
5. Políticas públicas educacionais para os Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul .....	317

5.1. A cultura indígena versus a educação infantil .....	319
5.2. Ensino fundamental para os indígenas .....	320
5.3. Ensino médio nas aldeias .....	321
<b>6. Desafios quanto à educação escolar indígena.....</b>	<b>323</b>
<b>7. Considerações finais .....</b>	<b>325</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>325</b>

**ESTADO E RELIGIÃO. O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CRISTIANISMO: INVENTÁRIO DE POSSIBILIDADES ESPECULATIVAS, HISTÓRICAS E INSTRUMENTAIS .....330**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello

<b>1. Introdução .....</b>	<b>331</b>
<b>2. Contexto especulativo .....</b>	<b>333</b>
3. Contexto histórico.....	340
<b>4. Contexto instrumental .....</b>	<b>346</b>
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>352</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>353</b>

**O RIO E A CIDADE: O DIÁLOGO JURÍDICO ENTRE O PLANO HÍDRICO E O PLANO DIRETOR .....360**

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

<b>1. Introdução .....</b>	<b>361</b>
<b>2. O rio e a cidade: entre o monólogo autônomo pertinente e o diálogo integrado necessário .....</b>	<b>361</b>
2.1 o rio e seus múltiplos usos em face do direito: uma noção jurídica camaleão da pluralidade unitária objeto de um sistema jurídico complexo .....	362
2.2 A cidade e sua pluralidade de funções: um sistema jurídico em ebulição .....	363
2.3 O rio e a cidade: .....	364
2.4 O rio, a cidade e o meio ambiente: a necessidade de implementação do sistema jurídico complexo....	365
<b>3. Sistema de gestão de planos: desafios indagados e soluções ensaiadas.....</b>	<b>366</b>
3.1 A gestão do rio e da cidade: indagações que desafiam a construção, implementação e controle do plano jurídico.....	366
3.2 Possibilidades refletidas .....	367
3.3 Soluções ensaiadas.....	367
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>370</b>

**NORMAS EDITORIAIS..... 371**

Envio dos trabalhos:.....	373
---------------------------	-----

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Inovação institucional e  
resistência corporativa: o  
processo de institucionalização  
e legitimação do Conselho  
Nacional de Justiça**

**Institutional innovation and  
corporate resistance: the  
process of institutionalization  
and legitimacy of the National  
Council of justice**

Leandro Molhano Ribeiro

Christiane Jalles Paula

# Inovação institucional e resistência corporativa: o processo de institucionalização e legitimação do Conselho Nacional de Justiça\*

## Institutional innovation and corporative resistance: the process of institutionalization and legitimacy of the National Council of justice

Leandro Molhano Ribeiro\*\*

Christiane Jalles Paula\*\*\*

### RESUMO

O artigo analisa as estratégias de institucionalização e legitimação do Conselho Nacional de Justiça, em um contexto de forte resistência, principalmente por parte da magistratura à ideia de controle do Poder Judiciário. A hipótese deste trabalho é que as ações adotadas pelos primeiros conselheiros, principalmente o presidente e o corregedor do CNJ, tiveram como consequência a formação de uma agenda de atuação e atribuições para o órgão que, gradativamente, se tornou mais técnica, voltada, primordialmente, para questões administrativas e de gestão da justiça, em detrimento de ações punitivas e típicas de um órgão de corregedoria. O trabalho se valeu de análise documental sobre o embate em torno da ideia de controle do Judiciário desde a Assembleia Nacional Constituinte e de entrevistas semiestruturadas com atores relevantes que participaram do processo decisório que institucionalizou o CNJ. Por fim, problematiza-se, a partir de um referencial teórico do institucionalismo histórico, o quanto o CNJ significou em termos de inovação institucional para a estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

**Palavras Chaves:** Mudança Institucional; Desenho Institucional, Conselho Nacional de Justiça.

### ABSTRACT

The article analyses the strategic actions used for the institutionalization and legitimation of the Conselho Nacional de Justiça. The hypothesis of this paper is that the actions taken by the first councils had as consequence the formation of a technical agenda of the CNJ, focused primarily on questions of administrative and judicial management, to the detriment of punitive actions. The work was based on documentary analysis of the conflict around the idea of the control of the Judiciary since the Assembleia Nacional Constituinte and semi-structured interviews with relevant actors who participated in the decision-making process that institutionalized the

\* Recebido em 10/10/2016  
Aprovado em 12/12/2016

\*\* Doutor e Mestre em Ciência Política pelo IUPERJ. Graduado em Ciências Sociais pela UFMG. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio.

\*\*\* Formada em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em 1995, é mestre em Ciência Política (1999) e doutora em Ciência Política (2007), ambos os títulos obtidos no antigo IUPERJ. É professora da Universidade Federal de Juiz de Fora.

CNJ. Finally, based on a theoretical reference of historical institutionalism, we evaluate how much the CNJ is an institutional innovation in the structure of the Brazilian Judiciary.

**Keywords:** Institutional Change; Institutional Design, National Council of Justice.

## I. INTRODUÇÃO

Logo após ser empossado presidente da República em 2003, Luiz Inácio Lula da Silva declarou que era preciso abrir a “caixa-preta” do Judiciário brasileiro e, para isso, defendeu o controle externo do Judiciário<sup>1</sup>. Na mesma ocasião, afirmou que seu governo se empenharia em concluir a reforma do Judiciário que estava parada no Senado. Em 31 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº 45 (EC 45), que tratava da reforma do Judiciário, seria aprovada pelos senadores e introduziria várias inovações na estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Uma das mais importantes seria a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De acordo com o texto da EC 45, o novo órgão deveria definir o planejamento estratégico e propor políticas judiciárias, visando à modernização do Poder Judiciário, à ampliação do acesso à Justiça e a melhoria da prestação jurisdicional, aumentando sua eficiência e eficácia. Sediado em Brasília e com atuação em todo território brasileiro, o CNJ seria instalado em 14 de junho de 2005<sup>2</sup> e foi definido como órgão do Poder Judiciário, sendo-lhe atribuídas funções de correição, além de funções típicas de um tribunal administrativo<sup>3</sup>.

Chama atenção que o debate em torno da EC 45 tenha enfatizado o CNJ atuaria como um órgão de prestação de contas, mas que isso não significava o exercício de um controle externo no Judiciário. Esse resultado final, exposto no texto da Emenda, nos parece que pode ser explicada em função de um legado a respeito da própria ideia de controle do Judiciário que começou a ser elaborado na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Daí em diante, a disputa sobre o significado de controle do Judiciário tornou-se um espectro na cena pública brasileira até que, em 2004, o CNJ foi instituído. O longo debate que levou à realidade do Conselho fez surgir perspectivas sobre suas atribuições que continuaram a moldar a trajetória do CNJ.

Foi nesse contexto que os primeiros conselheiros do novo órgão tiveram que agir para institucionalizá-lo e legitimá-lo externamente (diante da opinião pública e dos Poderes Legislativo e Executivo) e internamente (membros do Poder Judiciário). Diante de um contexto de forte resistência contrária à instituição de um órgão de controle do Poder Judiciário, principalmente por parte da magistratura brasileira, os atores que visavam à sua criação apelaram: 1) ora para *argumentos moralizantes* sobre a necessidade de um órgão capaz de corrigir problemas do Judiciário, 2) ora para *argumentos técnicos* sobre a importância de se imprimir maior

1 Ver a seguinte reportagem: “Lula critica ‘caixa-preta’ do Judiciário e defende controle”. *Folha de São Paulo* 23/4/2003.

2 PAULA, Christiane Jalles & RIBEIRO, Leandro Molhano. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). In *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*, 2010.

3 De acordo com o texto da EC 45, são atribuições do Conselho Nacional de Justiça: 1) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo, para isso, expedir atos regulamentares ou recomendações; 2) zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal, o qual determina a obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência por parte da administração pública direta e indireta dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; 3) apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário; 4) desconstituir ou rever atos do Poder Judiciário ou fixar prazo para que sejam adotadas providências para o exato cumprimento da lei; 5) receber reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, incluindo seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro em atuação por delegação do poder público ou oficializado; 6) avocar processos disciplinares e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras administrativas, assegurada ampla defesa; 7) representar ao Ministério Público em caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; 8) rever processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; 7) elaborar relatórios estatísticos sobre a situação do Poder Judiciário e sobre as atividades do CNJ. As atribuições do CNJ estão descritas no § 4º do art. 103B da Constituição Federal. Ver BRASIL. BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Sobre o histórico do CNJ e suas atribuições ver PAULA, Christiane Jalles & RIBEIRO, Leandro Molhano. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). In *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*, 2010.

celeridade na justiça brasileira. A hipótese deste trabalho é que as estratégias adotadas por esses conselheiros, principalmente o presidente e o corregedor do Conselho, tiveram como consequência a formação de uma agenda de atuação e atribuições para o órgão que, gradativamente, se tornou mais técnica, voltada, primordialmente, para questões administrativas e de gestão da justiça, em detrimento de ações punitivas e típicos de um órgão de corregedoria.

Tendo essa perspectiva em mente, o trabalho problematiza, com base em referencial teórico do institucionalismo histórico, o quanto o CNJ significou em termos de inovação institucional para a estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Para dar conta dessa empreitada, o texto estará dividido da seguinte forma. Em primeiro lugar, faz uma breve descrição histórica dos debates sobre controle do Judiciário brasileiro, evidenciando as resistências a uma ideia de controle desse poder por parte de setores importante da magistratura. Tais resistências parecem ter sido fundamentais para limitar a escolha do desenho institucional do CNJ como órgão de controle interno — na verdade, a própria ideia de controle adquiriu um significado muito restrito por causa de tais resistências. Tendo como marcos a Assembleia Constituinte de 1987-1988 e a criação do CNJ, o enfoque será a disputa retórica entre os argumentos moralizantes e técnicos que forneceu sentido às ações da primeira gestão do CNJ. Nesse primeiro momento, o foco do CNJ não foi a atribuição correicional própria de um órgão de corregedoria, como uma ideia de controle faz pensar. O passo seguinte é entender, à luz das contribuições teóricas do institucionalismo histórico, como ocorreu a institucionalização e a legitimação do CNJ. Para isso, serão consideradas as ações e estratégias empreendidas pelo primeiro presidente e primeiro corregedor do órgão, respectivamente o seu presidente, Nelson Jobim, e seu corregedor, Antônio de Pádua Ribeiro, buscando nas histórias vividas por eles os subsídios de suas propostas, ações e estratégias nos primeiros anos CNJ. Por fim, buscaremos, ainda parcialmente, indicar pistas para compreendermos o papel do CNJ em termos de inovação institucional do Judiciário brasileiro.

Antes de prosseguir, cabe aqui uma breve nota metodológica. Como a intenção é recolocar “em cena o indivíduo como ator histórico legítimo”<sup>4</sup>, optou-se pela metodologia da *história oral*. Os depoimentos foram realizados pelo método da *entrevista temática*, pois se procurou “reviver” fatos não contemplados nos registros escritos e revelar o conjunto de valores e representações que, quase sempre, estão presentes nos processos decisórios, tendo acesso, assim, às visões de mundo e às percepções dos atores. Faremos isso por meio da análise dos depoimentos, como já dito, de Nelson Jobim e de Antônio de Pádua Ribeiro que foram entrevistados no âmbito do projeto “Construindo um Judiciário responsivo”<sup>6</sup>, uma iniciativa conjunta do Centro de Pesquisa e Documentação em História Contemporânea do Brasil – CPDOC e a Escola de Direito do Rio de Janeiro – FGV Direito Rio, ambas da Fundação Getúlio Vargas.

## 2. A LONGA CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO

A institucionalização do CNJ ocorreu em um contexto de fortes críticas à morosidade, ao hermetismo e às dificuldades de acesso à Justiça que se tornaram frequentes a partir da democratização do Brasil<sup>7</sup>. Some-se a isso o fato de denúncias de corrupção no Poder Judiciário<sup>8</sup> e a questão da “caixa-preta”, já citada. Nesse contexto, a formulação do CNJ como uma solução institucional para enfrentar a agenda de problemas administrativos e comportamentais existentes no Poder Judiciário brasileiro não se deu de forma pacífica e sem

4 MOTTA, Marly. As peças do quebra-cabeça: Rex Nazaré e a política nuclear brasileira. *Revista de História Oral*, v. 13, n. 2, p. 115-135, jul.-dez. 2010.

5 ALBERTI, Verena. *Ouvir contar: textos em história oral*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

6 O projeto, concluído em agosto de 2016, contou com o apoio da CAPES e do CNJ, tendo sido contemplado pelo edital CNJ/Acadêmico. Foram ouvidos 18 ex-conselheiros do CNJ das duas primeiras gestões.

7 VIANNA, Luis Werneck. *Direito, democracia e república. A modernização sem o moderno: análise de conjuntura na era Lula*. Brasília: Contraponto, 2011.

8 SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, P.79-101, maio-agosto. 2004.

controvérsias, principalmente no que diz respeito à necessidade desse órgão exercer, também, um *controle externo* do Poder Judiciário. A ideia de um controle gerou discursos favoráveis e contrários à instituição do CNJ por diversos atores políticos e sociais (como as associações de representação dos diversos segmentos da magistratura) e, por isso, a institucionalização e a legitimação do CNJ deve ser entendida dentro de um contexto mais amplo de formação de coalizões de atores que se posicionaram a respeito do papel deveria exercer dentro da estrutura do Poder Judiciário.

## 2.1. A derrota do controle externo na Assembleia Nacional Constituinte

A democratização nos anos 1980 e as atividades da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) recolocaram na agenda o tema do controle da atividade judiciária e a possibilidade de criação de um conselho de justiça<sup>9</sup>. Durante a ANC, o tema do controle do Judiciário voltou à pauta. Os debates sobre o Poder Judiciário tiveram lugar na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, da Comissão da Organização dos poderes e de Sistema de Governo<sup>10</sup>. Na Subcomissão as iniciativas propunham reformas na administração da Justiça e processual. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), contudo, ao lado do endosso dessas propostas, apontou a necessidade de um controle externo da atividade judicial. A iniciativa acabou acolhida e integrou o relatório final feito pela Subcomissão e enviado à Comissão de Sistematização<sup>11</sup>.

Em agosto de 1987, na apresentação do projeto de Constituição o relator Bernardo Cabral incluiu no substitutivo o Conselho Nacional de Justiça para “exercer o controle externo do Poder judiciário”, deixando a sua composição para ser definida por lei complementar. No mês seguinte, Cabral, por ocasião da apresentação do segundo substitutivo, dava outra redação aos artigos que tratavam do Conselho Nacional de Justiça, definido agora como “controle externo da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público” e indicando sua composição: membros indicados pelo Congresso Nacional, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelo Conselho Federal da OAB, mantendo para lei complementar a definição da sua organização e funcionamento.

A partir de então, os magistrados passaram a manifestar-se, de maneira articulada, contra a proposta. No dia 23 de setembro, os magistrados realizaram um ato contrário à criação do Conselho Nacional de Justiça, que ficou conhecido como “Dia do Protesto”. O ato consistiu no registro de protesto em atas de julgamento, as quais foram enviadas ao presidente da ANC, Ulysses Guimarães. No dia 26, em uma reunião realizada em Brasília, vinte e dois dos vinte e quatro presidentes de tribunais de justiça de todo o país reclamaram que a proposta apresentada na Constituinte ameaçava a autonomia do Poder Judiciário.

No dia 4 de novembro de 1987, o segundo substitutivo do relator Bernardo Cabral foi votado na Comissão de Sistematização da ANC. A proposta de controle externo causou divergências entre os integrantes da Comissão de Sistematização. O próprio relator, Bernardo Cabral, se manifestou contrário ao dispositivo tal como apresentado e defendeu uma emenda do deputado federal pelo Rio de Janeiro Adolfo Oliveira, do Partido Liberal (PL), que propunha a supressão do dispositivo que atribuía ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público. A proposta foi aprovada por 46 votos na Comissão de Sistematização, um a menos do que o quórum absoluto e foi, por isso, declarada prejudicada.

9 COUTO, Claudio. A longa Constituinte: reforma do Estado e fluidez institucional no Brasil”. Dados, v41. n.1, p. 51-86. 1998.

10 Integraram a subcomissão os seguintes deputados federais e senadores: José Costa (presidente), Jairo Carneiro (primeiro vice-presidente), Plínio Martins (segundo vice-presidente), Plínio Arruda Sampaio (relator), Leite Chaves, Leopoldo Peres, Carlos Vinagre, Francisco Amaral, Michel Temer, Sílvio Abreu, Moysés Pimentel, Nilson Sguarezi, Raul Ferraz, Ronaro Corrêa, Paes Landim, José Lourenço, Vinicius Cansação e Maurício Corrêa. Ressalte-se que a grande maioria tinha laços com o campo jurídico brasileiro.

11 As informações desta seção foram baseadas em PAULA, Christiane Jalles & RIBEIRO, Leandro Molhano. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). In Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930, 2010.

Posições contrárias à emenda votada foram, na ocasião, manifestadas por representantes de entidades da magistratura. O presidente da Associação dos Magistrados Paulistas, Odyr Porto, que liderara uma comitiva para acompanhar a votação do capítulo sobre o Poder Judiciário na ANC, criticou a medida como sendo a eliminação da autonomia do Judiciário e neutralização da justiça. Segundo Porto, a medida “vai deixar o Judiciário à mercê de influências estranhas ao interesse da Justiça, impedindo que os juízes continuem julgando com imparcialidade, com dignidade e com soberania”. No mesmo sentido, se manifestou o presidente da Associação Nacional dos Juizes Federais, o juiz João Gomes Martins Filho, ao afirmar que a medida seria uma espécie de fiscalização da consciência do juiz. Já o presidente da Associação dos Magistrados do Distrito Federal, Pedro Aurélio Rosas de Faria, embora contrário ao projeto, propôs o controle interno do Poder Judiciário.

No dia 5 de novembro, José Maria Eymael, deputado federal por São Paulo do Partido Democrata Cristão (PDC), apresentou uma emenda que retirava do texto a expressão “externo” em relação ao controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça. Essa proposta foi negociada entre os constituintes e aprovada pela Comissão de Sistematização. O texto aprovado pela Comissão de Sistematização e incluído no Projeto de Constituição (A) para ser votado no plenário da ANC definia, no artigo 151, que “o Conselho Nacional de Justiça é o órgão de controle da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público”, deixando para lei complementar a organização e funcionamento deste.

Em abril de 1988, os artigos referentes ao Poder Judiciário do Projeto de Constituição (A) passaram a ser discutidos pelo plenário da ANC. Três propostas foram à votação. A primeira foi uma emenda elaborada pelo Centrão que suprimiu CNJ do texto constitucional e que tinha preferência para ser votada por ter conseguido mais de 280 assinaturas. A segunda foi um destaque de autoria dos deputados Fábio Raunheitti do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e Felipe Mendes, do Partido Democrático Social (PDS) que repunha o Conselho, de acordo a proposição aprovada na Comissão de Sistematização. E, finalmente, a terceira foi uma emenda do deputado Plínio de Arruda Sampaio, do Partido dos Trabalhadores (PT), propondo um sistema de controle baseado no comparecimento semestral do presidente do Judiciário, federal ou estadual, ao Legislativo para apresentar um relatório de desempenho dos tribunais. Nessa ocasião, o presidente da OAB, Márcio Thomaz Bastos, criticou o texto apresentado pelo Centrão taxando-o de conservador, enquanto todos os presidentes de Tribunais de Justiça dos Estados se manifestaram contrariamente à proposta de instituição de um Conselho Nacional de Justiça.

No dia 7 de abril, o destaque favorável à criação do Conselho Nacional de Justiça foi rejeitado pelo plenário da ANC, com 245 votos contra 201 e duas abstenções. Durante a votação, o destaque foi defendido pelos deputados Nelson Jobim (PMDB-RS), que afirmou ser o Conselho a contrapartida necessária à autonomia concedida ao Poder Judiciário pelo constituinte, e pelo deputado Egydio Ferreira Lima (PMDB-PE) que afirmou que a fiscalização seria importante para que o Judiciário não ficasse exposto a censuras públicas da imprensa e tribunas parlamentares. Manifestaram contra o Conselho o deputado Tito Costa, que afirmou que a fiscalização era inadmissível e o senador Mansueto de Lavor (PMDB-PE), que alegou que o bom desempenho do Judiciário seria assegurado com liberdade, autonomia e independência financeira. As lideranças do PMDB, PSB, PC do B, PDT, PT e PCB orientaram suas bancadas a votarem, favoravelmente, enquanto as lideranças do PFL, PTB e PL deram orientação contrária. O PDS deixou a questão em aberto. Logo depois, a proposta do deputado Sampaio, também, foi rejeitada, com 239 votos contra 170 e 11 abstenções. Sendo assim, a Constituição promulgada em outubro de 1988 não dispôs de nenhum órgão de controle do Poder Judiciário, nem na figura de um conselho nacional de justiça, nem no formato de conselho da magistratura, tal como havia na Constituição anterior.

## 2.2. A reelaboração do significado de controle nas propostas de reforma do judiciário

Em março de 1992, o deputado Hélio Bicudo (PT) apresentou, na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº. 96, dando início ao debate sobre reforma do Judiciário, sem qual-

quer menção à criação de um conselho nacional de justiça ou ao controle da atividade judicial. A PEC 96 foi aprovada por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça em agosto e encaminhada para se transformar em Emenda Revisional no mês dezembro. No ano seguinte, a proposta foi prejudicada devido ao encerramento dos trabalhos de revisão constitucional, o que levou o deputado Hélio Bicudo a solicitar o retorno da proposta à Câmara dos Deputados. Sua solicitação foi deferida em 14 de dezembro de 1994. Como Bicudo não foi reeleito, em fevereiro de 1995, no início da nova legislatura, a proposta foi arquivada.

A proposta de criação de um órgão de controle do Judiciário voltou à cena política nesse último ano, quando a presidência da Câmara dos Deputados constituiu uma comissão especial para tratar da PEC/96 e a comissão deferiu uma solicitação feita pelo deputado José Genoíno (PT) de apensar à PEC nº 96 a PEC nº 112 de sua autoria, propondo a criação de um órgão de controle externo para o Poder Judiciário integrado pelo Conselho Federal de Justiça, pelos Conselhos Estaduais de Justiça e pelo Conselho Distrital de Justiça. Em outubro, a comissão abriu o prazo para apresentação de emendas à PEC. Na ocasião, foram apresentadas quatro emendas, entre as quais a emenda nº. 4 de autoria do deputado Aluísio Nunes Ferreira, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), propondo a criação do Sistema de Controle do Judiciário<sup>12</sup>. Os trabalhos da comissão duraram até agosto de 1996, quando o relator Jairo Carneiro do Partido da Frente Liberal (PFL), apresentou um substitutivo resultante das duas PEC que chegou ao término da legislatura sem que fosse votado. Assim, em janeiro de 1999, a comissão foi dissolvida e a PEC 96 foi mais uma vez arquivada.

Com início da nova legislatura em fevereiro de 1999, a proposta de reforma do Judiciário foi, novamente, reaberta e em março, uma nova comissão especial foi constituída, tendo como relator o deputado Aloysio Nunes Ferreira. O deputado Marcelo Déda (PT) foi designado relator da matéria referente ao Controle e Fiscalização do Poder Judiciário. Nessa ocasião, foram apresentadas 45 emendas à Proposta, sendo 14 destinadas ao controle externo do Poder Judiciário. Durante o seu funcionamento, a comissão realizou audiências públicas e ouviu opiniões de especialistas e autoridades a respeito do controle externo do Judiciário. Em seu parecer, Marcelo Déda sugeriu a criação de um Sistema Nacional de Planejamento e Avaliação do Poder Judiciário, formado por um Conselho Nacional e Conselhos Estaduais de Justiça<sup>13</sup>. Com base no trabalho

12 De acordo com a proposição de Ferreira, juntamente ao STF seria criado o Conselho Nacional da Magistratura formado por 17 membros, sendo quatro ministros do STF; um ministro do STJ; um ministro do Tribunal Superior Eleitoral; um ministro togado do TST; um ministro do Superior Tribunal Militar (STM); cinco desembargadores dos TJ estaduais, indicados pelos Tribunais e escolhidos pelo STF; um juiz de um dos Tribunais Regionais Federais, indicados pelos Tribunais e escolhidos pelo TSE; um juiz de um dos Tribunais Regionais do Trabalho, indicados pelo Tribunal e escolhido pelo TST; e um advogado indicado em lista tríplice pelo Conselho Federal da OAB e escolhido pelo STF. A finalidade do Conselho era zelar pela independência do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura e dispunha de medidas de natureza disciplinar e correicional, tais como fiscalizar o andamento dos serviços judiciário, supervisão da administração dos serviços judiciários; propor iniciativa legislativa nos projetos de lei sobre matéria processual e organizacional do Poder Judiciário; zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal; conhecer das reclamações contra membros dos órgãos do Judiciário; representar ao MP nos casos de ação judicial de perda de cargo, crime contra a administração da justiça ou abuso da autoridade; e instaurar procedimentos disciplinares, rever atos de vitaliciamento, formalizar atos de exoneração, aposentadoria e disponibilidade.

13 Este seria incluído no artigo 92 da Constituição Federal como órgão do Poder Judiciário e deveria ser integrado por 21 membros, entre cidadãos brasileiros com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo: a) onze eleitos pelo Congresso Nacional, pelo voto de três quintos de seus membros, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e de notável saber jurídico e ilibada reputação moral, sendo seis representantes do meio científico e acadêmico; b) quatro eleitos dentre os magistrados togados vitalícios, sendo um dos Tribunais Superiores, um dos Tribunais Regionais, um dos Tribunais de Justiça e um dos juízes do primeiro grau; c) três eleitos dentre os membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal e dos Territórios, com mais de quinze anos de carreira; e d) três eleitos dentre os advogados com mais de quinze anos de efetiva atividade profissional. Caberia ao CNJ o planejamento e avaliação administrativa do Poder Judiciário, a avaliação prévia da proposta orçamentária dos Tribunais, de criação de cargos e órgãos administrativos, e dos planos e programas de investimento dos órgãos do Poder Judiciário, a condução administrativa de processos disciplinares dos membros dos Tribunais, o julgamento dos processos administrativos disciplinares contra os juízes de primeiro grau de jurisdição, servidores dos Tribunais e funcionários das serventias e dos serviços notariais e de registro, a avocação de processos disciplinares, elaboração anual de relatórios, que integrasse a mensagem do Presidente do STF ao Congresso Nacional na abertura da sessão legislativa, a proposição de projetos legislativos que dispusessem sobre estrutura, organização e funcionamento administrativo do Poder Judiciário, organização judiciária da União e direito material e processual e, finalmente, a iniciativa exclusiva de lei para elaborar o projeto do Estatuto da Magistratura e do Estatuto dos Servidores Judiciários, mediante prévia consulta a todos os Tribunais, associações de magistrados e de servidores judiciários de âmbito nacional.

desenvolvido pelo deputado Marcelo Déda, foi elaborado pelo deputado Aloysio Nunes Ferreira um relatório final e a proposta apresentada em junho de 1999 manteve o CNJ como órgão do Poder Judiciário, incluído do artigo 92 da Constituição Federal. Importante destacar, contudo, que a proposta final modificou a composição do Conselho, dispondo que o órgão seria presidido pelo presidente do STF e formado por mais dois de seus ministros, dois ministros do STJ, um desembargador de TJ estadual e três juristas, todos com mandato de dois anos, admitida uma recondução. Além disso, o projeto determinou que o CNJ escolhesse, em votação secreta, um ministro-corregedor, escolhido entre os ministros do STJ para exercer as atribuições do Estatuto da Magistratura. Em agosto de 1999, a relatoria da PEC/96 foi redistribuída à deputada Zulaiê Cobra (PSDB), pois o antigo relator fora nomeado ministro de Estado. Em outubro, o parecer da deputada foi aprovado por unanimidade na comissão especial. Nessa última proposta, o CNJ foi mantido como órgão do Poder Judiciário. Contudo, a composição do órgão foi alterada para um ministro do STF, um ministro do STJ, um ministro do TST, um desembargador de TJ, um juiz federal, um juiz estadual e um juiz do TRF — indicados pelo STJ —, um juiz do trabalho — indicado pelo TST —, dois membros do MP, sendo um federal e outro estadual e indicados pelo procurador-geral da República, dois advogados indicados pelo conselho federal da OAB, dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados, respectivamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

O projeto final manteve a figura e atribuições do ministro corregedor, função a ser exercida pelo ministro do STJ. As competências do CNJ também sofreram algumas modificações e foram definidas como: 1) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e cumprimento do Estatuto da Magistratura; 2) zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal, 3) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário; 4) representar ao MP no caso de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade; 5) rever os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados a menos de um ano; 6) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças proteladas nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; 7) elaborar relatório anual propondo providências necessárias sobre a situação do Poder Judiciário e atividades do Conselho.

No dia 19 de janeiro de 2000, o texto principal proposto pela comissão especial foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados por 456 votos a favor, 21 contra e uma abstenção, com exceção dos destaques. Em abril, a votação em primeiro turno foi concluída e no dia 31 de maio a PEC 96 o texto principal foi aprovado em segundo turno na Câmara dos Deputados com 380 votos a favor, 21 votos contrários e três abstenções. No dia 7 de junho, a votação dos destaques da PEC 96 foi concluída e, no dia 30 desse mesmo mês, a proposta foi enviada para o Senado, transformando-se na PEC nº 29.

Em outubro, o Senado começou a discutir o projeto de reforma do Judiciário. Os debates tiveram início na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), tendo sido designado como relator Bernardo Cabral. Nesse momento, as divergências passaram a ser, predominantemente, sobre a composição do CNJ. Em março de 2001, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que inicialmente era contra a participação de representantes do Ministério Público e da OAB no CNJ, passou a admitir a participação de representantes dessas entidades. A resistência da AMB baseava-se no fato de que os magistrados seriam julgados, em caso de denúncias ao CNJ, por advogados e procuradores. Segundo noticiado na época, a AMB observou uma diminuição de posições contrárias dos próprios magistrados à participação de membros do MP e da OAB no Conselho.

Em junho de 2002, Bernardo Cabral apresentou à CCJ seu parecer sobre a proposta. Nele alterava o número membros para onze, o qual seria formado por um ministro do STF, um ministro do STJ, um ministro do TST, um desembargador e um juiz estadual, indicados pelo STF, um juiz do Tribunal Regional Federal, indicado pelo STJ, um juiz federal indicado pelos Tribunais Regionais Federais, um juiz de Tribunal Regional do Trabalho e um juiz do trabalho, indicados pelo TST e dois advogados indicados pelo Conselho Federal da OAB. Ainda de acordo com o parecer o caráter externo do controle a ser exercido sobre o Judiciário seria derivado da composição proposta para o CNJ, a qual destinava assento para integrantes não apenas

da magistratura, mas também membros do MP, advocacia e cidadãos, a serem indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado. Por outro lado, o parecer apresentou críticas à indicação de juízes estaduais por parte do STF e à indicação de membros do MP por parte do procurador-geral da República. Além disso, sustentou haver a possibilidade de questionamento quanto à constitucionalidade do controle externo do Poder Judiciário, chamando atenção para os casos concretos de declaração de inconstitucionalidade de propostas de órgãos de controle externo do Judiciário nos estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso. Entre 19 de junho e 27 de julho, a matéria foi discutida em primeiro turno no plenário do Senado e obteve 133 emendas, retornando à CCJ. Em novembro, o Senado adiou por três vezes a votação da PEC/29, que acabou não indo ao plenário naquela legislatura.

Com a posse de Lula na presidência da República em 1º de janeiro de 2003 e a nomeação de Márcio Thomaz Bastos para a chefia do Ministério da Justiça, a reforma do Judiciário passou a ser um dos objetivos do novo governo. Apesar da disposição política por parte do Executivo, também era preciso que o Legislativo estivesse disposto a retomar a reforma do Judiciário. A PEC nº 29 estava parada, sem relator, em função da não reeleição de Bernardo Cabral. A primeira articulação foi, portanto, para encontrar um relator, e foi feita pelos presidentes do Senado, à época José Sarney, e da Comissão de Constituição e Justiça, sob o comando de Edison Lobão. Em julho de 2003, após algumas recusas, o senador José Jorge (PFL) aceitou a relatoria.

A estratégia adotada pelos articuladores e os negociadores foi a de propor a aprovação do projeto tal qual como havia sido votado na Câmara dos Deputados, evitando, assim, o seu retorno à Câmara – Casa onde se originou a emenda e para onde voltaria em caso de alteração do texto. Em razão disso, no dia 17 de novembro de 2004, a CCJ apresentou o Parecer nº 1747 contendo a redação final da PEC nº 29 para a votação no segundo turno do Senado mantendo a mesma composição do CNJ e atribuições que tinha vindo da Câmara – apesar 250 emendas apresentadas nesse período.

Antes mesmo da votação final da matéria, no dia 9 de dezembro de 2004, a AMB entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin nº 3367), com pedido de medida cautelar, contra a criação do CNJ com o objetivo de impugnar parte dos artigos 1º e 2º da Emenda Constitucional. Na ação, a associação argumentava que a Emenda proposta feria o princípio da separação dos Poderes e a independência do Judiciário, devido à composição heterogênea do CNJ e ao fato de que a criação do Conselho seria contrária ao autogoverno dos Tribunais e sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Segundo a entidade, a criação do CNJ violava, também, o pacto federativo, na medida em que submetia órgãos do Judiciário dos estados e uma supervisão de órgão da União. A entidade alegou, ademais, que as competências atribuídas ao CNJ eram competências dos próprios Tribunais e argumentou acarretava uma sobreposição das competências do CNJ com as competências do Conselho da Justiça Federal e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Outro argumento contra a criação do CNJ pela AMB foi o fato de que o STF havia rejeitado todas as tentativas de criação de conselhos estaduais de Justiça. Por fim, a AMB indicou um vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que o Senado Federal teria alterado o art. 103-B, §4º, inc. III, e não teria devolvido a matéria à Câmara dos Deputados. No dia 13 de abril de 2005, o STF rejeitaria a Adin, por sete votos contra quatro, em um julgamento que durou cerca de cinco horas<sup>14</sup>.

Apesar da oposição da magistratura brasileira<sup>15</sup>, a proposta continuava sua tramitação no Senado e no dia 30 de dezembro de 2004 foi aprovada pelo plenário e transformada na Emenda Constitucional nº 45.

Foi nesse contexto conturbado e marcado pelo antagonismo da magistratura que o CNJ começou a se organizar e estruturar. Os seus primeiros conselheiros tiveram, portanto, que saber lidar com esse legado;

14 Votaram a favor da criação do CNJ os ministros Cezar Peluso (relator), Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Eros Grau, Nelson Jobim, Celso de Mello e Carlos Britto. Os ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio de Mello, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie Northfleet votaram contra o CNJ.

15 Diferentemente da AMB, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) tinham críticas menos acentuadas à criação do CNJ e não entraram com ações contra a criação do Conselho. As restrições dessas entidades à criação do órgão se basearam principalmente quanto à forma de escolha de seus membros.

traçar estratégias; compor alianças e buscar ser assertivo na condução de uma “nova” agenda. Para isso, dois nomes foram fundamentais, pois ocupavam cargos que, imediatamente, se mostrariam os principais pilares do CNJ: o presidente e o corregedor<sup>16</sup>. São eles, respectivamente, Nelson Jobim e Antonio de Pádua Ribeiro.

### 3. CNJ: ASPECTOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO

Como visto, durante a elaboração da Constituição, a ideia de um conselho não prosperou no formato do Conselho da Magistratura. Posteriormente, na longa jornada da reforma do Judiciário, o controle foi limitado a uma ideia de *controle interno*, a qual se cristalizou, sobretudo, na composição do CNJ, formada majoritariamente por magistrados. Mas isso não foi suficiente para limitar o exercício concreto do controle por parte do novo órgão. As diversas atribuições do CNJ definidas pela EC 45 tiveram que ser interpretadas e concretizadas pelos primeiros conselheiros. Estes tiveram que definir questões a serem enfrentadas pelo novo órgão e estratégias de ação para institucionalizar e legitimar o Conselho. As ações adotadas nesse sentido afastaram ou, no mínimo, amenizaram ações correicionais e focaram em grandes temas moralizantes e ações técnicas de administração de gestão da justiça. Tudo indica que a posição contrária dos magistrados à ideia de controle, por meio de suas associações, foi fundamental para essa estratégia.

#### 3.1. Definição da agenda inicial do CNJ: atores, contexto e estratégias

Durante do governo Fernando Henrique, a pauta de reformas constitucionais não incorporava a reforma do Judiciário como uma agenda relevante. Nesse contexto, a criação de um conselho de justiça foi encampada por alguns atores políticos no Congresso, mas as propostas vigentes não refletiam nem um programa de governo, nem a elaboração de projeto de setores claramente favoráveis. Nesse sentido, os projetos parecem refletir mais posicionamentos individuais de certos parlamentares, o que explica o fato de permanecerem praticamente “parados” no Congresso.

Foi durante o mandato de Lula que a criação de um conselho volta à agenda política como uma proposta concreta de governo a ser defendida no Congresso. Chama a atenção o fato de que a ideia do conselho tenha se inserido na agenda por meio de um pronunciamento radical do presidente da República de que era preciso acabar com a caixa preta do Judiciário. O contexto da fala presidencial, se referindo a casos de corrupção na justiça do estado do Espírito Santo deixa claro o viés moralizante. Mas é interessante notar que, com o passar do tempo, o projeto de instituição do CNJ tenha se viabilizado por argumentos ora moralizantes sobre o nepotismo e ora técnicos relacionadas à morosidade da justiça tenham sido mais frequentes do que os discursos sobre a corrupção no Judiciário<sup>17</sup>. A observação retrospectiva indica, ainda, que o discurso

16 A Corregedoria Nacional de Justiça é comandada por um ministro do STJ e tem entre suas competências 1) receber reclamações e denúncias relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; 2) instaurar sindicâncias ou propor ao Plenário a instauração de processo administrativo disciplinar em casos de indícios de infração; 3) promover inspeção e correição geral; 5) requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições; 6) requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios; 7) manter contato direto com as demais corregedorias do Poder Judiciário; 8) expedir atos normativos visando o aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário em matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça; 9) propor ao Plenário do CNJ a expedição de recomendações e a edição de atos regulamentares para assegurar a autonomia, a transparência e a eficiência do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura; 10) executar as ordens e deliberações do CNJ relativas à matéria de sua competência; 11) promover a criação de mecanismos e meios para a coleta de dados visando o bom desempenho das atividades da Corregedoria Nacional de Justiça; 12) promover reuniões periódicas para estudo, acompanhamento e sugestões com os magistrados envolvidos na atividade correicional; 13) promover medidas destinadas a aumentar a eficácia e o desempenho da atividade judiciária e dos serviços afetos às serventias e aos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro; 14) diagnosticar e adotar providências destinadas à efetividade da fiscalização e correição através da promoção, constituição e manutenção de bancos de dados atualizados sobre os serviços judiciais e extrajudiciais. Essas atribuições estão enumeradas no § 4º do art. 103B da Constituição Federal.

17 CASTRO, T. A “caixa-preta” vs. o “controle demagógico”: os discursos dos favoráveis e dos contrários à criação do CNJ. Dis-

moralizante foi se arrefecendo, enquanto questões técnicas relacionadas ao combate da morosidade foram ganhando terreno.

Tudo isso refletiu no modelo institucional do CNJ: o órgão é implementado não como uma instituição de controle externo, mas submetido à estrutura do STF e contando em sua composição com expressivo número de magistrados. Ou seja, o Conselho instituído parece ter se situado em algum ponto mediano entre preferências radicais, sendo um extremo o conselho como órgão externo e outro extremo a ausência do conselho. Além disso, como o próprio CNJ seria em parte formado por atores ligados aos posicionamentos contrários à sua instituição, a dinâmica interna da primeira gestão parece ter contribuído para certo equilíbrio nas primeiras atuações do conselho. Nesse sentido, o combate moralizante realizado pelos primeiros conselheiros não foi a corrupção - motivação que inseriu o Conselho na agenda política governamental no governo Lula - mas o nepotismo. Além disso, as ações relacionadas à informatização da justiça e aumento da celeridade ganharam grande destaque.

Os fatores que parecem ter contribuído para o equilíbrio nas proposições citadas acima se relacionam, por um lado, com as características institucionais do próprio CNJ - órgão colegiado que conta com duas instâncias principais de poder: a sua presidência e sua corregedoria - e com os legados institucionais das diferentes esferas da justiça que foram repassados ao CNJ por meio dos membros escolhidos para sua composição inicial. Assim, as estratégias adotadas pelos conselheiros para viabilizar o CNJ foram, fortemente, influenciadas pelo seu presidente e seu corregedor e, por outro, definir seu escopo de atuação.

### 3.2. Primeiras ações: definição de prioridades e negociações

No primeiro momento de implementação do CNJ, a figura do presidente foi determinante. Como dito acima, por lei a presidência do CNJ tinha que ser ocupada pelo presidente do STF que, na ocasião, era Nelson Jobim. Jobim tinha uma trajetória única no STF, pois tinha sido parlamentar (deputado federal pelo Rio Grande do Sul entre 1987 e 1995) e membro do poder Executivo (ministro da Justiça de 1995 a 1997, no governo de Fernando Henrique Cardoso). Além disso, Jobim era favorável a um órgão de controle da magistratura desde a época da Constituinte. Seu posicionamento sobre a questão indica que o CNJ como órgão de controle interno, institucionalmente vinculado ao STF, não era sua primeira preferência. De toda forma, na condição de presidente do STF, Jobim levou adiante a tarefa de implementar o CNJ e para viabilizá-lo adotou pelo menos três estratégias importantes: primeiro atuou em sua composição, negociando com os diferentes interesses da magistratura; segundo estabeleceu o discurso moralizante do nepotismo; por fim, apoiou as iniciativas de informatização e celeridade da justiça.

A viabilização do CNJ envolveu, em um primeiro momento, uma negociação do seu presidente com as associações e interesses da magistratura. Duas variáveis parecem ter sido fundamentais para compor o conselho com atores que o viam como ilegítimo: a federação, ou seja, a negociação teve que ser feita com as justiças estaduais e com os órgãos de representação dos diferentes ramos da magistratura. Em seu depoimento, explicita a estratégia que adotou. Diz ele:

“como presidente do Supremo fiz uma resolução cujo parágrafo primeiro diz: na hipótese da inobservância do prazo de indicação dos nomes para compor o Conselho compete ao Supremo Tribunal (definir). E tentei negociar com a AMB, com os tribunais, etc., a indicação da composição. Em um primeiro momento, eu quis fazer um entendimento com os juizes, mas ninguém quis. Ninguém queria saber da composição do Conselho porque não consideravam o Conselho legítimo. Por que? Porque o Supremo tinha que escolher o desembargador e os juizes de direito [da Justiça Estadual], os outros eram escolhidos pelo STJ e pelo TST (etc.). Como é que a gente faz? Eu entendia que nós tínhamos um problema federativo inicial. Outra coisa: eu precisava ter apoio do Supremo para o Conselho - os membros do Supremo é que votavam os nomes, mas os nomes que eu indicasse. Eu procurei fazer

com que os colegas do Conselho, do Supremo participassem do processo de indicação. Em relação ao TST, tu tinhas o juiz e tu tinhas o desembargador. O juiz eu influenciei. Foi o Paulo Schmidt. Conversei com vários membros do TST, com o Vantuil [Abdalla] e eles concordaram com o Paulo Schmidt – porque, além do mais, com isso eu criei um outro caminho para o problema da disputa na eleição da Associação dos Juizes [Anamatra], [pois] trazendo o Paulo Schmidt para o Conselho eu resolvia, ajudava, a pacificação eleitoral da associação. No STJ, foi diferente; era impossível porque a relação do STJ com o Supremo era uma relação de amor e ódio - mais de ódio do que de amor.”<sup>18</sup>

Outra estratégia de Jobim foi sinalizar para opinião pública em geral o comprometimento do CNJ com a moralização da Justiça. Diz Jobim:

“Se começássemos muito frouxos o CNJ não se sustentaria, criamos um inimigo externo. O inimigo externo chamava-se nepotismo. Começou a briga da redação do texto do nepotismo. Como é que a gente ia proibir os juizes da [prática do] nepotismo no poder Judiciário? Fiz dois ambientes de negociação: um ambiente de negociação com os conselheiros - nunca fui para uma reunião no Conselho sem ter negociado antes – e outro com o Colégio dos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com o Supremo”<sup>19</sup>.

Antônio de Pádua Ribeiro era o decano do STJ, havia sido presidente e corregedor no STJ, tinha uma visão bastante diferente de qual deveria ser a atuação do CNJ. A frente da Corregedoria do CNJ, tendo sido o primeiro a ocupar o cargo, Pádua Ribeiro foi quem lançou as bases da atuação do órgão no tocante aos processos disciplinares. A estratégia de Pádua Ribeiro que fez contraponto à presidência do CNJ foi o “alinhamento” da corregedoria do CNJ com as demais corregedorias dos tribunais de justiça, através de atividade de acordos e reuniões de sensibilização. Uma estratégia voltada para dentro, buscando apoio intramuros do Judiciário como forma de ação/reação frente à estratégia externa de Jobim, que pretendia com o nepotismo angariar apoio na sociedade e com isso pressionar os membros da magistratura brasileira que eram contrários ao CNJ. Para Pádua Ribeiro, contudo, o CNJ não poderia ter “*uma amplitude muito grande porque, se crescer demais, vamos precisar de um conselho para regular ou fiscalizar o próprio conselho*”<sup>20</sup>. Em sua perspectiva, a atuação do CNJ teria que ser “*apenas uma atuação de cúpula de um sistema que já existe*”. Nesse sentido, afirmou Pádua Ribeiro, o CNJ deveria - e sua corregedoria e, porque não, também a presidência e os conselheiros - “*entrançar-se com todas essas corregedorias e os próprios tribunais, porque os tribunais também exercem função de corregedoria. O corregedor é ator com relação à 1ª instância, mas com relação aos desembargadores, aos juizes de tribunal, aí já é a presidência do tribunal, instaura o inquérito administrativo, depois o tribunal decide*”<sup>21</sup>.

Para dar cabo a essa estratégia, Pádua Ribeiro fez convênios com as corregedorias, visitou-as e aos tribunais e fazendo uso de *argumentos técnicos* (especialmente a falta de infraestrutura e de poderes para quebrar sigilo bancário, da internet, sigilo telefônico etc.) para arquivar denúncias disciplinares que chegavam à corregedoria do CNJ e/ou deixar o problema ser primeiro apurado por outras instâncias, como, por exemplo, o Ministério Público, que depois enviaria o resultado da apuração para a Corregedoria do CNJ.

Outra forma de atuação de Pádua Ribeiro com vistas a viabilizar a sua estratégia foi a sensibilização por meio da criação de normas. Disse-nos Pádua Ribeiro:

“No início, no tocante ao juiz, havia certo temor, dentro de certo ponto, razoável. Não se trata de corporativismo! Eles não queriam [é] um órgão que viesse influenciar na sua atuação porque a garantia básica quem dá de cumprimento da lei é o Judiciário. Essa questão foi colocada e eu fiz várias palestras para vários tribunais, para vários corregedores, e falei: ‘o conselho não veio para destruir, mas para construir. Não veio para desagregar, mas para agregar. Contamos com todos vocês, continuem a trabalhar e façam com eficiência porque a função da corregedoria é estimular o trabalho de vocês, apoiar o trabalho, repassar experiências exitosas de uma corregedoria para outra’. Esse serviço de integração seria, e alertava a eles, muito importante. Por quê? Porque os corregedores eles têm muitas limitações principalmente nos Estados. Qual a consequência disso? A consequência é que eles sofrem os fluxos

18 Depoimento de Nelson Jobim ao projeto Construindo um Judiciário responsivo. Data 03/11/2009.

19 Depoimento de Nelson Jobim ao projeto Construindo um Judiciário responsivo.

20 Depoimento de Antônio de Pádua Ribeiro ao projeto Construindo um Judiciário responsivo. Data 22/06/2012.

21 Depoimento de Antônio de Pádua Ribeiro ao projeto Construindo um Judiciário responsivo.

naturais do amigo. Às vezes, são próximos a família. O que acontece? Às vezes, ele [o juiz] tem um filho que [também] é juiz e, às vezes, não mora na comarca quando a lei exige que more na comarca, [mas] por autorização fundamentada do tribunal, colocam-no [a morar] na capital, por exemplo. Outras questões desse tipo, de influxo políticos internos, por exemplo, o governador, secretário de Estado, às vezes é caso de interesse deles e ficam pressionando o corregedor. Como o conselho passou a estabelecer diretrizes e normas, o que acontecia? Eles tinham que cumprir... e descartava-se influência que poderiam receber, e muitos recebiam”<sup>22</sup>.

Dessa forma, Pádua Ribeiro buscou implantar medidas mais técnicas, a principal delas um sistema informatizado que interligasse as corregedorias dos tribunais à Corregedoria do CNJ em detrimento de ações mais contundentes de punição disciplinar.

A literatura que trata das instituições numa perspectiva histórica chama atenção para o legado dos agentes na formação de atuação, atribuições e resiliência das instituições. No caso da implementação do CNJ, os dois pilares da fundação dessa instituição reproduziram (reatualizando e resignificando) experiências passadas na estruturação do órgão. Nelson Jobim, ao ser perguntado sobre a inspiração para estruturar o CNJ, declara: “*precisávamos fazer um regimento. Aí eu resolvi fazer o seguinte: constituí uma assessoria: uma assessoria de juízes de primeiro grau, mas que tivessem trânsito político na categoria*”. A relevância da Política, aqui referida ao caso institucional, é própria a uma trajetória como a de Jobim cujo respeito entre os pares no Judiciário devia-se muito mais ao seu talento como negociador, ou seja, como político, do que por seus conhecimentos técnicos-jurídicos. Nesse sentido, o argumento moralizante do nepotismo era uma jogada política importante para angariar apoios a um órgão que nascia com a oposição daqueles que comporiam a sua estrutura, isto é, a magistratura. As experiências, nas arenas políticas e na articulação política, o afastaram dos laivos corporativistas, o que acabou sendo um ponto a viabilizar o CNJ com o apelo moralizante do argumento contra o nepotismo.

Se *fortuna e virtú* políticas estiveram unidas na figura de Jobim facilitando a implementação do CNJ, não menos importante foi o legado de Pádua Ribeiro com os argumentos técnicos. Em relação ao funcionamento da corregedoria, a inspiração, diz ele, foi o texto constitucional e levantamento dos textos relativos às corregedorias tradicionais. É importante frisar, ainda, que a experiência passada de corregedor da Justiça Federal legou a Pádua Ribeiro uma visão de corregedoria e da importância da sensibilização dos pares. Em suas palavras:

“Eu não tinha poderes correccionais. Eu tomava decisões. [Mas] muitas vezes os tribunais não cumpriam, não faziam, quando se cumpria alguma coisa [era] mais por argumentação... Agora o texto constitucional já prevê poderes correccionais. Por isso que é que, no tocante ao conselho, poder correccional de ordem máxima em termos administrativos nos permitiu aproveitar toda essa experiência do Conselho da Justiça Federal”<sup>23</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que significou o CNJ em termos de inovação institucional? Essa pergunta pode ser respondida de duas formas: um, se o CNJ é uma inovação em si mesmo ou se sua concretização tem mudado institucionalmente a justiça brasileira. No primeiro caso, como visto acima, o CNJ, tal como foi estabelecido, foi uma inovação institucional *moderada*, uma vez que a noção de controle externo não vingou. No segundo caso, o CNJ parece que pode contribuir tanto para fortes mudanças na justiça brasileira, como pode atuar no sentido contrário. O sentido desse seu efeito se relaciona com sua própria configuração institucional que confere ao seu presidente e ao seu corregedor papéis fundamentais. Nesse sentido, sua contribuição para alterações no modo de operação da justiça brasileira vai depender dos atores que estiverem ocupando essas duas instâncias fundamentais<sup>24</sup>.

22 Depoimento de Antônio de Pádua Ribeiro ao projeto Construindo um Judiciário responsivo.

23 Depoimento de Antônio de Pádua Ribeiro ao projeto Construindo um Judiciário responsivo.

24 FRAGALE. Roberto. Conselho Nacional de Justiça: Desenho Institucional, Construção de Agenda e Processo Decisório.

A literatura sobre mudança institucional tem ganhado novas formulações no que diz respeito ao entendimento dos processos pelos quais mudanças graduais nas instituições são implementadas ao longo do tempo. Como alertam Mahoney e Thelen<sup>25</sup> em um artigo dedicado à teoria sobre mudança institucional gradual, a literatura especializada dispõe de teorias para explicar por que vários tipos de configurações institucionais básicas surgem em determinados casos e em determinados períodos e porque determinadas instituições são extintas e substituídas por outras. Mas a literatura ainda é incipiente em teorias explicativas sobre os desenvolvimentos graduais das instituições existentes. No caso, vale ressaltar que parte da literatura atual sobre mudança institucional tem criticado proposições até então vigentes que relacionam alterações institucionais exclusivamente a choques externos. Essa forma de conceber a mudança com base em fatores externos se apoia na premissa de que as instituições contam com fortes mecanismos de reprodução, o que impediria ou dificultaria alterações provocadas por fatores endógenos a elas<sup>26</sup>.

O fator externo que recolocou o CNJ na agenda política brasileira foi o discurso da caixa-preta proferida por Lula diante de casos de corrupção envolvendo a justiça no estado do Espírito Santo. Mas se esse fator não foi o suficiente para aprovar um órgão para exercer um controle externo do poder Judiciário. Nem foi suficiente para que a corrupção fosse o tema moralizante a enfrentado pela primeira gestão do Conselho.

Um dos principais fatores explicativos para a resiliência das instituições é o legado de seus próprios resultados. Assim, por exemplo, os estudos sobre políticas de bem-estar social mostram que os partidos de esquerda foram fundamentais para a instituição de políticas de proteção social universais. Estas, uma vez instituídas, tornam-se ponto de referência das disputas políticas, mas dificilmente sofrem cortes, mesmo em governos de centro ou de direita, devido ao seu apelo eleitoral e pressões dos seus beneficiários. De modo geral, o legado criado pelas instituições afetam as preferências dos atores que nelas atuam, consolidando interesses vigentes, e a estrutura de oportunidade de ação desses atores (o que podem fazer, quando, e como) configurando uma estrutura de ação formada tanto por *pontos* como por *atores* de veto a mudanças<sup>27</sup>.

Não é caso de se falar em legados de resultados no sentido acima, mas o fato é que a implementação do CNJ como órgão de controle interno vinculado ao judiciário por meio do seu tribunal de cúpula – o STF – e formado em grande parte por membros da magistratura brasileira significa que sua atuação se dará em grande medida em conformidade com os interesses vigentes desses atores.

Por esse motivo, para alguns autores, independentemente das motivações dos atores políticos, as mudanças institucionais tenderiam a ser *incrementais*<sup>28</sup> ou, mesmo que alterações formais sejam raras, isso não significa que as instituições sofreriam alterações internas ao longo do tempo<sup>29</sup>. Para outros autores, as mudanças não seriam nem mesmo graduais, mas seriam eventos esporádicos gerados por fatores externos ou eventos críticos. Para essa vertente da literatura, mudanças institucionais mais profundas seriam explicadas predominantemente por fatores externos e dificilmente ou nunca seriam provocadas por atores “de dentro”<sup>30</sup>.

---

Dados v. 56, n. 4, p. 975-107. 2013. Ver também RIBEIRO, Leandro Molhano & ARGUELHES, Diego Werneck. O Conselho no Tribunal: Perfil quantitativo das ações contra o CNJ junto ao STF. *Direito e Práxis*, v.6, n.12, p.464-503. 2015.

25 MAHONEY, James & THELEN, Kathleen. *Explaining Institutional Change: ambiguity, agency, and power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

26 PIERSON, P. *Politics in Time: history, institutions, and social analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

27 IMMERGUT, Ellen. *Institutional Constraints on Policy*, in: MORAN, Michel; REIN, Martin & GOODIN, Robert. *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2006. Ainda, de acordo com a definição clássica de Tsebelis um ator é um veto player se sua concordância for necessária para que ocorra a mudança do *status quo*. TSEBELIS, George. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton University Press, 2002.

28 IMMERGUT, Ellen. *Institutional Constraints on Policy*, in: MORAN, Michel; REIN, Martin & GOODIN, Robert. *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2006. Ainda, de acordo com a definição clássica de Tsebelis um ator é um veto player se sua concordância for necessária para que ocorra a mudança do *status quo*. TSEBELIS, George. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton University Press, 2002.

29 BAUMGARTEN, F & JONES, B. *Agendas and Instability in American Politics*. Chicago: Chicago University Press, 2009.

30 DIERMEIER, D & KREHNIEL, K. “Institutionalism as a Methodology”. *Journal of Theoretical Politics*, v.15, n.2. p. 123-144. 2003.

No entanto, ao se debruçar em evidências empíricas sobre a mudança institucional e tendo o debate institucional mencionado acima em mente, Thelen sugere que: a) em muitos casos, as instituições são resistentes mesmo a mudanças externas; ou seja, choques não provocam inovações em várias situações e que b) mudanças graduais provocadas por fatores internos à estrutura institucional podem levar a médio e longo prazo a alterações profundas nas atribuições das instituições, provocando, de fato, forte inovação. Para a autora, o que surpreende nas instituições é que ao mesmo tempo elas parecem, ao mesmo tempo, mudar pouco e muito ao longo do tempo. Talvez essa aparente contradição possa ser explicada pelo fato de que formalmente as instituições são resilientes ao longo do tempo, mas suas atribuições, os atores que nelas participam ou mesmo as crenças e concepções sobre o que elas devem fazer mudem, juntamente com todo o tipo de alteração social, política, cultural a que uma determinada comunidade está sujeita. Ainda tendo essa perspectiva em mente, Thelen propõe que a análise da mudança institucional se debruce sobre os mecanismos causais que a produzem o que, por sua vez, direciona a análise para a ação e interação de atores relevantes *dentro* das instituições<sup>31</sup>.

Nesse sentido, a autora observa um esforço da literatura institucional em superar a dicotomia inovação institucional *versus* reprodução institucional, focando nas persistências institucionais diante de choques externos e nas mudanças institucionais, a partir de dentro das próprias instituições. Para superar essa dicotomia, Thelen ressalta a possibilidade de crises ou “*tuning point*” serem geradas, endogenamente, e nos convida a pensar nas formas pelas quais os novos problemas e soluções para esses problemas que se apresentam para os atores relevantes dentro de um marco institucional como produtos do passado e não como acidentes históricos. Sua proposta é que as instituições não sejam concebidas apenas como restrições a ações de atores relevantes, mas, também, como recursos estratégicos que podem ser mobilizados por eles como respostas a mudanças no contexto social, econômico ou político<sup>32</sup>.

Analicamente, ao tentar superar a dicotomia inovação versus reprodução, Thelen introduz uma concepção de mudança institucional através de *layering* e através de *conversion*. O primeiro caso, *layering*, envolve, por parte de atores relevantes, a renegociação de alguns elementos de um conjunto de instituições. Isso pode acontecer em contextos nos quais, diante da falta de apoio para alterar radicalmente ou substituir uma determinada instituição, determinados atores entram em negociação com atores de oposição para adicionar novas instituições ao arcabouço existente como solução para um problema emergente. Nesse sentido, os “inovadores” se acomodam às estruturas e práticas pré-existentes. A *conversion* significa o processo pelo qual instituições designadas para determinados objetivos serem utilizadas para outras finalidades.

É nesse sentido que o CNJ parece poder se tornar uma inovação institucional. Como visto acima, a “personalidade” dos ocupantes da presidência e da corregedoria parecem ser fundamentais para a forma de atuação do CNJ. Assim, se seu primeiro presidente parecia se comprometer com uma atuação mais inovadora do CNJ, seu corregedor, pelo próprio legado trazido do STJ, não incorporava uma visão inovadora das funções do órgão. O fato é que esse “equilíbrio”, se, por um lado, não acarretou grandes mudanças institucionais, por outro propiciou pequenas alterações por meio da luta contra o nepotismo, informatização e inserção da celeridade na agenda do judiciário importante para alterar em parte o modo de operação do judiciário brasileiro.

A possibilidade de o CNJ atuar de forma mais contundente e significar uma mudança institucional pode ocorrer de forma endógena quando tanto o seu presidente como seu corregedor forem atores com visões diferentes das vigentes na magistratura. Por outro lado, o contrário, também, pode ser verdade: poucas mudanças podem ser esperadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTI, Verena. Ouvir contar: textos em história oral. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

31 THELEN, K. How Institutions Evolve: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States and Japan. Cambridge University Press, 2004

32 Idem.

- BAUMGARTENR, F & JONES, B. *Agendas and Instability in American Politics*. Chigaco: Chicago University Press, 2009.
- BRASIL. BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.
- CASTRO, Tatiana. A “caixa-preta” vs. o “controle demagógico”: os discursos dos favoráveis e dos contrários à criação do CNJ. Dissertação de Mestrado, defendida no Mestrado de História, Política e Bens Culturais, FGV, 2013.
- COUTO, Claudio. A longa Constituinte: reforma do Estado e fluidez institucional no Brasil”. *Dados*, v41. n.1, p. 51-86. 1998.
- DIERMEIER, D & KREHNIEL, K. “Institutionalism as a Methodology”. *Journal of Theoretical Politics*, v.15, n.2. p. 123-144. 2003.
- FOLHA DE SÃO PAULO. “Lula critica ‘caixa-preta’ do Judiciário e defende controle”, 23 de abril de 2003.
- FRAGALE. Roberto. Conselho Nacional de Justiça: Desenho Institucional, Construção de Agenda e Processo Decisório. *Dados* v. 56, n, 4, p. 975-107. 2013.
- IMMERGUT, Ellen. Institutional Constraints on Policy, in: MORAN, Michel; REIN, Martin & GOODIN, Robert. *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MAHONEY, James & THELEN, Kathleen. *Explaining Institutional Change: ambiguity, agency, and power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- MOTTA, Marly. As peças do quebra-cabeça: Rex Nazaré e a política nuclear brasileira. *Revista de História Oral*, v. 13, n. 2, p. 115-135, jul.-dez. 2010.
- PAULA, Christiane Jalles & RIBEIRO, Leandro Molhano. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). In *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*, 2010.
- PIERSON, P. *Politics in Time: history, institutions, and social analysis*. Princeton : Princeton University Press, 2004.
- RIBEIRO, Leandro Molhano & ARGUELHES, Diego Werneck. O Conselho no Tribunal: Perfil quantitativo das ações contra o CNJ junto ao STF . *Direito e Práxis*, v.6, n.12, p.464-503. 2015.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, P.79-101, maio-agosto. 2004.
- THELEN, Kathleen. *How Institutions Evolve: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States and Japan*. Cambridge University Press, 2004.
- TSEBELIS, George. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton University Press, 2002.
- VIANNA, Luis Werneck. *Direito, democracia e república. A modernização sem o moderno: análise de conjuntura na era Lula*. Brasília: Contraponto, 2011.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A responsabilidade social da magistratura brasileira: *accountability* e responsividade em meio à tensão entre o dever de prestar contas e a garantia da independência judicial**

**The social responsibility of the brazilian judiciary: *accountability* and responsiveness in between the tension of the duty to render account and the guarantee of judicial independence**

Marcelo Roseno de Oliveira

# A responsabilidade social da magistratura brasileira: *accountability* e responsividade em meio à tensão entre o dever de prestar contas e a garantia da independência judicial\*

## The social responsibility of the brazilian judiciary: *accountability* and responsiveness in between the tension of the duty to render account and the guarantee of judicial independence

Marcelo Roseno de Oliveira\*\*

### RESUMO

Constitui objeto do presente artigo examinar aspectos da responsabilidade social da magistratura no Brasil, buscando identificar em que medida o comportamento dos juízes está exposto à crítica pública e à atuação da imprensa e do público em geral, e é por elas influenciado, confrontando os resultados com um modelo em que impere a obrigação de prestar contas e a responsividade, sem sacrifício da independência judicial, o qual se apresenta como o mais compatível com um regime político democrático, como o instituído pela ordem constitucional instalada em 1988.

**Palavras-chave:** Responsabilidade social. Magistratura. Responsividade.

### ABSTRACT

The object of this article is to examine aspects of social responsibility of brazilian judges, seeking to identify the extent to which their behavior is exposed to public criticism and the role of the press and the people in general, and is influenced by them, approaching a model which prevail in the accountability, itself a model of responsiveness, which presents itself as more compatible with a democratic political regime, as established by constitutional order installed in 1988.

**Keywords:** Social responsibility. Judges. Responsiveness.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao traçar uma tipologia da responsabilidade judicial, na conhecida obra “Juízes Irresponsáveis?”, Mauro Cappelletti aponta quatro modalidades, as

\* Recebido em 30/08/2016  
Aprovado em 04/11/2016

\*\* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Assistente de Direito Eleitoral da Universidade de Fortaleza. Juiz Coordenador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. E-mail: marceloroseno@unifor.br.

quais distingue, dentre outros critérios, tomando por base “o ente ou pessoa a quem o juiz deve responder”, reportando-se às responsabilidades política; social; jurídica do Estado; e jurídica do juiz<sup>1</sup>.

Quanto à responsabilidade social, especificamente, afirma ser aquela que o juiz, como indivíduo, ou o Judiciário, no seu conjunto, deve exercitar perante organismos ou grupos sociais, ou, em última análise, o público em geral, e não diante de órgãos de natureza política, reforçando a construção doutrinária a que se dedica na referida obra, no sentido de que a expansão do poder dos magistrados, notada de modo acentuado no segundo pós-guerra, fez crescer, na mesma proporção, o dever de que prestem contas de seus atos.

Ao ressaltar a presença marcante da responsabilidade social em países de regime socialista, como a então União Soviética, Cappelletti aponta, no referido estudo publicado originalmente em 1982, que alguns mecanismos a ela relacionados, como, por exemplo, a remoção de juízes, não eram totalmente ignorados em outros sistemas, embora nos países ocidentais tais instrumentos fossem menos sistemáticos, compreendidos e aplicados.

Refere-se à possibilidade de *impeachment* dos juízes federais e de *recall* dos estaduais nos Estados Unidos da América, indicando, porém, que uma forma mais comum de responsabilização dos magistrados perante o público em geral, encontrada em países ocidentais, é exatamente a exposição do comportamento dos membros do Judiciário à crítica pública, “especialmente pelos meios de comunicação de massa, mas também pela literatura especializada e outros instrumentos de informação”<sup>2</sup>.

Outro instrumento capaz de fazer operar a responsabilidade social da magistratura seria a publicidade do processo e das decisões judiciárias, notadamente a publicização das opiniões divergentes nas deliberações colegiadas, pois, caso contrário, com os votos vencidos “encerrados no segredo da câmara de conselho”, se estabelece obstáculo de grandes proporções à responsabilização social e, também, jurídica dos juízes.

Cappelletti aponta, ainda, com fundamento nas contribuições de Max Rheinstein e John H. Merryman, a importância da opinião pública e da imprensa como mecanismos eficazes de controle da atividade judicial, embora as qualifique como métodos informais de responsabilização social da magistratura, cuja amplitude resta condicionada a circunstâncias de tempo e lugar, além de aspectos como o grau de liberdade de expressão e de “consciência pública do profundo significado da função judiciária e de seu correto funcionamento”<sup>3</sup>.

Nesse campo, contudo, tende a se apresentar com mais força, ainda segundo o autor italiano, o possível conflito entre “o valor democrático do dever de prestar contas e o valor de garantia da independência judicial”<sup>4</sup>, o que justificaria o estabelecimento de restrições à crítica pública da atuação do Poder Judiciário, como forma de proteger a autonomia dos juízes contra pressões, difamações e abusos.

No Brasil, aspectos da responsabilidade social da magistratura têm evoluído, rapidamente, nos últimos anos, o que é plenamente perceptível diante do crescente fenômeno da judicialização das questões políticas, incluído o controle jurisdicional das eleições, e da exposição através de diversos meios de comunicação (TV, rádio e internet), em tempo real, das sessões de julgamento de diversos tribunais, dentre os quais o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, permitindo ao público em geral o acesso amplo aos debates e deliberações dos órgãos colegiados, bem como a possibilidade de que se posicione diante deles.

Ainda assim, o aumento da exposição deixa dúvidas quanto a se tem havido, na mesma proporção, uma maior permeabilidade à crítica pública e qual a influência que ela pode e deve assumir quanto aos pronunciamentos judiciais, vale dizer: em que medida a magistratura pode ter seu comportamento balizado pela opinião pública, sem que tal represente um risco para o papel institucional do Judiciário, enquanto garantidor da estabilidade do regime democrático?

1 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 36.

2 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 47.

3 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 48.

4 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 49.

Assoma, portanto, com especial relevo, a necessidade de compatibilizar a obrigação de prestar contas, própria de um modelo responsivo de magistratura, repelindo-se o isolacionismo dos juízes, com a necessidade de resguardar a independência judicial, possibilitando que os magistrados profiram julgamentos livres de pressões indevidas, pautados pela construção racional do valor do justo.

Além disso, o controle social da magistratura há de incidir, também, de modo abrangente, sobre o chamado governo do Judiciário, buscando conhecer e influenciar aspectos como: os investimentos em políticas públicas de acesso à Justiça; a remuneração dos membros da magistratura; o recrutamento de seus membros e servidores; além dos mecanismos de controle administrativo e financeiro do Judiciário, especialmente a composição e atuação do Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional N° 45, de 30 de dezembro de 2004, e cuja atuação representou verdadeiro marco para o que se há denominado de republicanização da magistratura brasileira.

Constitui, portanto, objeto do presente artigo examinar aspectos da responsabilidade social da magistratura no Brasil, buscando identificar em que medida o comportamento dos juízes está exposto à crítica pública e à atuação da imprensa e do público em geral, e é por elas influenciado, confrontando os resultados com um modelo em que impere a obrigação de prestar contas e a responsividade, sem sacrifício da independência judicial, o qual se apresenta como o mais compatível com um regime político democrático, como o instituído pela ordem constitucional instalada em 1988.

## 2. OS MODELOS DE RESPONSABILIDADE JUDICIAL E O PAPEL DO CONTROLE SOCIAL DA MAGISTRATURA

Na última parte da já citada obra “Juízes Irresponsáveis?”, na qual se dedica a estudar comparativamente as experiências de responsabilidade judicial de diversos países, Mauro Cappelletti conclui ser possível delinear três modelos, os quais denomina de: a) modelo repressivo ou da sujeição; b) modelo autônomo-corporativo ou do isolamento; e c) modelo em função dos consumidores ou da responsabilização social<sup>5</sup>.

Quanto ao primeiro, aponta caracterizar-se por uma situação de dependência ou sujeição do judiciário e/ou do juiz singular sobretudo em razão do governante, de modo que tal modelo é mais próprio de regimes que adotam a responsabilização dos juízes perante órgãos de natureza política, especialmente o Poder Executivo. Adverte o autor que a responsabilidade política, por si, não indica, necessariamente, risco à independência dos juízes, mas pode assumir tal conotação, assim como ocorre com a responsabilidade disciplinar, por exemplo, que, também, pode ter características de um controle político da magistratura, de feição repressiva, daí porque não deve ser empregada com exclusividade, ou em caráter monopolizante.

Recorda, ainda, que, embora o primeiro e principal tipo de sujeição seja oferecido pelo confronto com o governante, o modelo de sujeição pode encontrar influência advinda de outros atores “possivelmente não menos perigosos”, o que seria encontrado com maior frequência “onde concentrações de poder econômico e, também, político e sindical frequentemente encontram-se em mãos privadas”<sup>6</sup>.

O segundo modelo, denominado de “autônomo-corporativo” ou “do isolamento” seria o oposto do primeiro, o outro extremo, no qual se absolutiza a independência “a ponto de fazer do judiciário um *corps séparé*, totalmente isolado do resto da organização estatal e da sociedade”<sup>7</sup>.

Cita exemplos de tal modelo na França do Antigo Regime e na Espanha, além da própria Itália, onde o sistema trouxe, em consequência, uma “quase anarquia individual: não só o judiciário tornou-se em lar-

5 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 80.

6 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 84.

7 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 87.

ga medida um corpo isolado, mas todo membro individual da magistratura transformou-se numa espécie de mônada, tendo a própria existência separada e imune a controles internos e até externos, salvo casos excepcionálíssimos”<sup>8</sup>.

Indica, ainda, o professor da Universidade de Florença, que, embora se reconheça que o segundo modelo é menos perigoso às liberdades fundamentais do cidadão, não será, necessariamente, menos danoso na sociedade moderna “que necessita de uma administração da justiça razoavelmente ordenada e eficiente”<sup>9</sup>.

O terceiro e último modelo, denominado de responsabilização social, surge, segundo Cappelletti, como uma tendência a se adotar um sistema que evite os excessos de cada um dos dois modelos já citados<sup>10</sup>.

Pretende-se alcançar, por meio dele, o ponto de equilíbrio entre “dois valores potencialmente conflitantes”: independência e responsabilidade. Diz o autor que emergiu na sociedade moderna o fenômeno inevitável da politização e socialização da função judiciária, impondo “acentuada prudência nas relações entre o judiciário e o resto da organização estatal e social”, mas também “maior abertura e sensibilização e, assim, a responsabilização da moderna magistratura perante o corpo social, suas necessidades e aspirações”, refletindo a ideia central de um sistema democrático de governo, ou mais especialmente da fórmula *checks and balances*, de modo que “o poder, para não degenerar, nunca deve ser deixado sem controle e que, igualmente, quem tem o poder de controle não deve ser irresponsável no exercício de tal poder”<sup>11</sup>.

Assevera, em arremate, Mauro Cappelletti que esse terceiro modelo surge, também, como resultado de um movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça fora de uma concepção tradicional ou oficial dos que criam o direito, governam, julgam e administram, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores<sup>12</sup>.

Tem-se, portanto, que, na construção de um modelo ideal de responsabilidade da magistratura, assume especial relevo o dever dos juízes de, sendo remunerados pelo Estado, gerindo interesses públicos, e paupando, por seus pronunciamentos, o comportamento e a vida das pessoas, sentirem-se vinculados a prestar contas de seus atos ao público em geral, notadamente num ambiente político democrático.

O modelo tido por Cappelletti como o mais virtuoso, propõe, portanto, uma mudança radical na forma de construção da disciplina da responsabilidade judicial nos diversos sistemas democráticos, de modo que o foco deixe de ser aqueles que governam e passe a ser os que “consomem” os serviços da Justiça, os seus “usuários”, o que conferirá, por certo, um ganho de coeficiente democrático das deliberações do Poder Judiciário, ainda que com a preocupação constante de que se resguarde a independência do juiz.

Dotar o Judiciário de um perfil democratizante, contudo, não é tarefa fácil, especialmente diante de entraves que são identificados, de saída, na própria forma de estruturação do Poder em muitos sistemas, com privilégio à forma burocrática de organização da instituição e do escalonamento hierárquico da carreira da magistratura, com forte conteúdo autocrático, como ocorre no caso brasileiro, conforme já ressaltado por

8 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 89.

9 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 89.

10 “Trata-se, obviamente, de um modelo que procura combinar razoável medida de responsabilidade política e social com razoável medida de responsabilidade jurídica, em todos os seus subtipos principais – penal, civil e disciplinar –, evitando, de um lado, subordinar os juízes aos poderes políticos, aos partidos políticos e a outras organizações sociais e também a ações vexatórias de litigantes irritados, iludindo, porém, de outro lado, o isolamento corporativo da magistratura e igualmente a anarquia incontrolada e irresponsável dos membros individuais do judiciário”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 89.

11 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 91.

12 Em outros termos, a responsabilidade judicial deve ser vista não em função do prestígio e da independência da magistratura enquanto tal, nem em função do poder de uma entidade abstrata como o “Estado” ou o “soberano”, seja este indivíduo ou coletividade. Ela deve ser vista, ao contrário, em função dos usuários, e, assim, como elemento de um sistema de justiça que conjugue a imparcialidade – e aquele tanto de separação ou isolamento político que é exigido pela imparcialidade – com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o sistema judiciário. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 91.

José de Albuquerque Rocha, ao aludir que as normas que estruturam o Judiciário “são informadas por uma orientação burocrático-hierarquizada que nega o princípio fundamental mais importante da Constituição, que é o princípio democrático, explicitado na definição do Estado como Estado Democrático de Direito e no enunciado de que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por representantes”<sup>13</sup>.

A necessidade de democratizar o Poder Judiciário assume especial importância em sistemas judiciais em que o recrutamento de juízes não se dá por meio do mecanismo da eleição popular, apresentando-se, inclusive, como uma forma de reforçar a legitimidade da atuação judicial, criticada, recorrentemente, por representar uma indevida intromissão em questões políticas, cujo *locus* próprio de discussão e deliberação seria o Parlamento, situação muito encontrada no Brasil nos últimos anos, notadamente diante de decisões no campo da jurisdição constitucional.

A responsabilidade social da magistratura assume, portanto, o papel de influenciar o próprio contexto da legitimidade do Poder Judiciário. Consoante aponta Dalmo de Abreu Dallari, “o juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas”<sup>14</sup>. Sendo assim, a legitimação deve ser, permanentemente, complementada pelo povo, “o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais”<sup>15</sup>.

Nesse contexto, passaram a ganhar força no âmbito da atuação judicial aspectos como a *accountability* e responsividade, reforçando-se a compreensão de que, assim como ocorre com os Poderes ditos “políticos” (Executivo e Legislativo), o Judiciário não poderia restar imune ao controle social, não se mostrando razoável, por outro lado, que dele pudesse se eximir ante o argumento da proteção da independência do juiz.

### **3. O CONTROLE SOCIAL DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE NA CONSTRUÇÃO DE UMA AGENDA POLÍTICA PARA O PODER JUDICIÁRIO**

No Brasil, parece perfeitamente perceptível que há recrudescido, nos últimos anos, no mesmo passo do incremento dos controles administrativo e financeiro do Judiciário, a consciência de que os juízes devem prestar contas de seus atos perante a sociedade.

Com a instalação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2005, verificou-se uma preocupação bastante efetiva com a necessidade de que o Poder Judiciário recebesse influência de influxos democratizantes que já haviam chegado a outros Poderes, tornando-se mais permeável ao controle social.

Medidas como o fim das sessões secretas para a promoção de juízes; a constituição de comissões participativas do orçamento, com a presença de magistrados e servidores; o incremento das ouvidorias; e a divulgação da movimentação financeira dos tribunais, inclusive a remuneração de seus agentes, em portais da transparência, determinadas pelo CNJ, revelam um traço marcante de uma maior responsabilização social da magistratura brasileira.

É certo que, mesmo antes da instalação do Conselho, já era possível identificar sinais de que alguns segmentos da magistratura nacional estavam atentos a um alinhamento maior com temas de interesse político e comunitário, como forma mesmo de superar o estigma de um Judiciário hermético, insulado, elitista e que, ao longo da construção do processo histórico brasileiro, esteve quase sempre em lado contrário ao das aspirações populares.

13 ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87.

15 DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87.

Os primeiros brados parecem ter tido origem na atuação mais incisiva de associações de magistrados, as quais assumiram posição clara acerca da necessidade de que a magistratura se posicionasse diante de temas da agenda política, como ocorreu com o engajamento de juízes pelo fim do foro privilegiado; em favor do estabelecimento de critérios mais rígidos, sob o ponto de vista da moralidade, quanto à escolha de candidatos a cargos eletivos; em defesa da revisão da Lei da Anistia; ou, ainda, pela erradicação do trabalho infantil, temas que foram objeto de manifestações da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA).

Um maior engajamento em questões de interesse coletivo contribui, diretamente, para o fomento do controle social do Judiciário, na medida em que “ajuda a romper o hermetismo, incentiva magistrados a prestarem contas de sua atuação e fomenta valores republicanos”<sup>16</sup>.

Constata-se, por outro lado, que se tem consolidado a noção de que a atuação judicial está submetida, inevitavelmente, à crítica pública, a qual se apresenta como resultado de uma maior exposição, decorrente do investimento em mídias próprias, as quais possibilitam a transparência no processo de interpretação e aplicação das normas, especialmente por meio da transmissão ao vivo das sessões de julgamento dos órgãos colegiados.

Uma maior abertura ao controle social contrasta, porém, com a histórica atitude de repelir a aproximação e o contato com os temas da chamada agenda política, uma vez que: “a magistratura brasileira acumula uma farta herança de pouco apreço ao diálogo interinstitucional e a mecanismos de controle social. Desde há muito se tem confundido a necessária imparcialidade para arbitrar litígios com uma postura neutral e asséptica, que teima em por os juízes à distância dos temas da agenda política e dos conflitos sociais”<sup>17</sup>.

Seria necessário, portanto, conferir relevo ao valor do controle social em face da independência do juiz, identificando-se que esta, não obstante essencial ao desempenho da atividade jurisdicional, não pode ser confundida com uma postura de hermetismo ou de neutralidade e distanciamento quanto aos temas sociais.

O hermetismo do Judiciário, de acordo com Renato Nalini, é a causa principal de sua inoperância ao reagir às críticas e “também explica a deficiência em se curvar ao dever institucional de oferecer contínua prestação de contas de sua atuação. Funciona com o dinheiro do povo e tem obrigação de mostrar quanto gasta, onde e como aplica seus orçamentos”<sup>18</sup>.

Parece evidente, contudo, que, não obstante os avanços obtidos nos últimos anos, especialmente a partir da criação e instalação do Conselho Nacional de Justiça — que se há revelado de fundamental importância para tentar implantar um novo modelo de governo do Judiciário, no qual imperem o planejamento estratégico, *accountability* e responsividade — ainda se convive com nichos de conservadorismo e resistência, protagonizados por setores da magistratura que rejeitam o exercício da plenitude de sua dimensão política, quando não a exercem de modo a atender a opções ideológicas que contrariam interesses tidos *a priori* como legítimos para as maiorias da sociedade.

Nesse sentido, conforme aponta Osvaldo Agripino de Castro Júnior, deve haver a preocupação de que os magistrados dirijam “a sua atividade para os interesses da sociedade, a serviço dos quais a Justiça deve ser administrada de forma mais democrática”<sup>19</sup>. Lembra, ainda, que, no Brasil, o Judiciário tem um papel

16 OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Crítica comprometedora. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 6 jul. 2010. Acrescenta, ainda, que: “A iniciativa de incrementar os mecanismos à disposição dos jurisdicionados para formular reclamações – com o decisivo apoio das Ouvidorias e da realização de audiências públicas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – e os investimentos em mídias próprias (TV, rádio, etc) revelam que os magistrados têm reconhecido a importância de que os cidadãos tenham papel ativo nas transformações da instituição. Nessa linha, desde que formuladas com responsabilidade e marcadas por espírito público, as críticas à atuação da Justiça representam oportunidade importante para avançar. Por outro lado, as que, tomando por base comportamentos específicos, procuram caracterizar o perfil da instituição, atingem-na irresponsavelmente e a seus agentes”.

17 OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Falar sem ser ouvido. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 20 nov. 2012.

18 NALINI, Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2006, p. 142.

19 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998,

extremamente relevante para a consolidação da democracia e que “este processo passará inevitavelmente pela sua própria democratização e envolverá controles sociais eficazes sobre toda a administração da justiça, inclusive com a prestação de contas de suas atribuições”<sup>20</sup>.

Se a prestação de contas perante o Conselho Nacional de Justiça tem experimentado inegável incremento na história recente do Judiciário nacional, em exercício da chamada *accountability* horizontal, ainda se haverá de caminhar significativamente quanto à chamada *accountability* vertical, “realizada pela própria sociedade (seja através de eleições, seja através de pressão de entidades da sociedade ou da própria imprensa)”<sup>21</sup>.

Caminha-se, portanto, no sentido de um aprendizado por parte da magistratura brasileira quanto à necessária construção de um ambiente virtuoso de diálogo com os outros Poderes e a sociedade<sup>22</sup>.

O Judiciário, enquanto exercente do poder político, também, haverá de construir uma agenda propositiva no sentido de prestar contas de seus atos, conduzir-se com base em planejamento estratégico, buscando a eficiência dos recursos que administra e a construção de um diálogo sereno e equilibrado com atores e movimentos sociais, cobrando-se uma “aproximação com a vida social, criando-se uma malha institucional que capilarmente se credencie a amparar o mundo do direito e da liberdade, inclusive os pequenos interesses então desamparados”<sup>23</sup>.

Tal caminho poderá possibilitar, inclusive, que se altere a atual forma como a opinião pública avalia o desempenho da Justiça no Brasil, uma vez que os indicadores sobre a confiança e percepção da população em relação ao Judiciário são bastante negativos, conforme têm revelado as pesquisas realizadas pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que medem, respectivamente, o Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) e a percepção social da Justiça (Sips-Justiça), e que apontam uma má avaliação quanto a todos os aspectos examinados: rapidez, acesso, custos, decisões justas, honestidade e imparcialidade.

#### **4. OS FATORES INFORMAIS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DA MAGISTRATURA NO BRASIL: A IMPRENSA E A OPINIÃO PÚBLICA**

A inserção cada vez maior do Judiciário na definição dos rumos da vida política brasileira determinou que se expandisse, na mesma medida, como era natural, a divulgação sobre as deliberações judiciais, seja por iniciativa das próprias assessorias de imprensa dos tribunais, seja através dos grandes veículos de comunicação, que, em passado recente, passaram a contar com profissionais especializados na cobertura do cotidiano dos órgãos julgadores.

O fenômeno é sentido, especialmente, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, não se duvidando que alcançou o maior nível na extensa cobertura midiática da Ação Penal nº 470, popularmente conhecida

p. 37.

20 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 37.

21 MEDINA, José Miguel Garcia. CNJ e *accountability*. *On line*. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/cnj-e-accountability>. Acesso em: 28 jun. 2013.

22 “[...] parece inegável que o Judiciário, por motivos vários, dentre os quais o fato de recrutar seus membros por mecanismos diversos da eleição, demorou mais do que o Executivo e o Legislativo para ser alvo do controle social. Vinculados a se manifestar apenas nos autos sob seu exame, quando então jungidos a seu próprio convencimento motivado e ao império, antes, da lei, e, hoje, da Constituição, magistrados de diversas gerações não foram acostumados ao crivo público. Um novo momento na relação entre as instituições políticas e a sociedade, contudo, tem se instalado no País nos últimos anos, especialmente no pós-88, e o Judiciário, por certo, não se manteria imune a ele. Ainda que com certo atraso, magistrados estão tendo que se amoldar a exigências cada vez maiores quanto a uma práxis republicana e democrática, o que, não se duvida – e até certo ponto é natural que ocorra – encontra resistências. OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Teorias conspiratórias. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 17 jan. 2012.

23 VIANNA, Luiz Wernneck. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997, p. 13.

como o caso do “Mensalão”. Veículos, colunistas e repórteres os mais diversos estiveram atentos a todos os detalhes do julgamento, que contou com manifestações da acusação e da defesa transmitidas e comentadas em tempo real através de canais de televisão e pela internet. Em metáfora nada exagerada, o julgamento, como se registrou na época, foi realizado num clima de “FLA-FLU”, de modo que todos se sentiram à vontade para emitir opinião.

O episódio parece bastante simbólico do momento vivido na relação entre o Judiciário, a imprensa e a opinião pública no Brasil. Há, inegavelmente, um aumento do acesso à informação produzida no âmbito do Poder Judiciário. Cresceu a exposição pública dos juízes, propagaram-se as informações e, em alguma medida, se pode afirmar a partir de recentes pronunciamentos que a Corte tem dado mostras de estar mais permeável a ouvir a opinião pública.

Um exemplo disso pode ser identificado pela realização das audiências públicas, as quais possibilitam que os ministros ouçam contribuições de autoridades e pessoas com experiência na matéria sob apreciação, permitindo que diante de temas controversos as correntes de opinião possam apresentar seus argumentos, os quais serão anexados aos processos, servindo para subsidiar as decisões. Além disso, eventuais interessados podem encaminhar solicitações para formular exposição, conferindo-se capilaridade à origem das manifestações.

É certo que elas ainda têm sido usadas timidamente pelo STF. Embora a possibilidade esteja prevista em lei desde 1999 e tenha sido posteriormente disciplinada no Regimento Interno da Corte, poucas foram realizadas. Ainda assim, algumas acabaram por trazer importantes contribuições para temas bastante polêmicos como: a possibilidade de liberação de pesquisas com células-tronco; a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos; ou a constitucionalidade das políticas afirmativas de acesso ao ensino superior, mediante fixação de cotas<sup>24</sup>.

Além das audiências públicas, tem-se que, na história recente do Supremo Tribunal Federal, alguns julgamentos envolveram, claramente, uma atenção por parte dos Ministros às manifestações da opinião pública, como ocorreu na apreciação sobre a constitucionalidade da Lei Complementar N° 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa (ADC’s 29 e 30), quando alguns votos fizeram alusão ao sentimento da população diante da lei, como foi o caso da manifestação do relator, Ministro Luiz Fux<sup>25</sup>.

No mesmo voto, o Ministro Fux ressaltara que a Lei da Ficha Limpa decorreria de uma proposta de iniciativa popular e que tal fato era revelador de um sentimento coletivo (ou de um “estado espiritual do povo”) que não poderia ser ignorado pela Corte<sup>26</sup>.

24 “As audiências assumem relevância para reforçar a legitimidade democrática das decisões judiciais. Num contexto de ampliação da jurisdição constitucional, no qual alguns identificam certa hipertrofia do Judiciário, acusado de subtrair questões da esfera decisória própria, representada pelo Parlamento, elas podem representar passo importante para uma participação popular mais efetiva no julgamento de questões que transcendem aspectos meramente jurídicos e que afetam a vida cotidiana dos cidadãos. Mesmo sem perder de vista o aspecto contramajoritário que molda o perfil das cortes constitucionais e as limitações daí decorrentes, a ampliação das audiências representa um importante meio de aproximação entre o Judiciário e a sociedade e deve servir de exemplo para as demais esferas da Justiça”. OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A participação popular no STF. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 8 mai. 2012.

25 “Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 29, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 16.02.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

26 “Em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, data maxima venia, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 29, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 16.02.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

Interessante notar, ainda, que o mesmo Ministro Fux, em entrevista concedida ao Portal G1, em março de 2011, ao decidir pela inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa ao pleito de 2010, afirmou que: “A iniciativa popular é mais do que salutar, mas sempre em consonância com a garantia constitucional. Um país onde a Carta Federal não é respeitada é um país que não tem constituição. A justiça não pode se balizar pela opinião pública”<sup>27</sup>.

O julgamento da Lei da Ficha Limpa no STF registrou outras manifestações acerca da “origem nobre” do diploma legislativo, uma vez que decorria de um projeto de iniciativa popular, chegando em alguns casos mais extremos, como no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, a se sustentar a constitucionalidade da Lei em face de decorrer da manifestação de parte da população, como se tal fato pudesse ser determinante para que se aferisse a compatibilidade com a ordem constitucional.

Se se pode cogitar na influência da opinião pública em alguns julgamentos do Supremo, atua ela, também, após as decisões, com a formulação de críticas que parecem por em dúvida a ideia recorrente de que “decisão judicial não se discute”. Em episódio que parece demarcar bem tal situação, cabe registro a decisão liminar proferida pelo Min. Marco Aurélio, no final de 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4638/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, por meio da qual suspendeu a eficácia de dispositivos da Resolução Nº 135, do Conselho Nacional de Justiça e cujo principal ponto de debate recaía sobre a relação entre a atuação disciplinar do Conselho e dos Tribunais, de modo a definir se seria concorrente ou subsidiária<sup>28</sup>.

Parece não se poder negar que, no Brasil, a relação do Poder Judiciário com a opinião pública tem experimentado modificações sensíveis nos últimos anos, a ponto de se admitir, em julgamento da Suprema Corte, que as decisões proferidas no campo da jurisdição constitucional não poderiam estar imunes ao sentimento popular.

Ao mesmo tempo em que se identifica um novo delineamento no trato, constatando-se um traço democratizante do Judiciário, surge a necessidade de um debate sereno e equilibrado sobre se o Judiciário pode e deve, de fato, se deixar influenciar pela opinião pública, especialmente quando presente o caráter contra majoritário do Supremo Tribunal Federal, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, dentre os quais os das minorias.

Identifica-se, nesse ponto, um prolongamento da tensão entre responsabilidade social e independência da magistratura, tomados os valores conforme alude Cappelletti como potencialmente conflitantes. Não parece haver resposta prévia, geral e adequada que resolva o embate, a qual haverá de ser construída topicamente, atentando-se para as peculiaridades dos casos postos à apreciação.

27 “Luiz Fux vota contra validade da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010”. Portal G1. On line. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/luiz-fux-vota-contra-validade-da-lei-da-ficha-limpa.html>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

28 Sobre o tema, conferir OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Sobre 2011, o Judiciário e a opinião pública. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 20 dez. 2011: “A decisão do ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), que restringiu a atuação disciplinar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mereceu críticas imediatas de representantes da sociedade civil, além de comentários negativos (e muitos deles ofensivos) através de páginas na internet. Nesta quadra em que do Judiciário se cobra uma atuação mais republicana e democrática, na qual alguns nítidos avanços têm sido percebidos por força da atuação do CNJ, a opinião pública recebeu a decisão como um retrocesso, uma vez que representaria o atendimento a apelos corporativistas de setores da magistratura que se veem incomodados com a atuação do órgão. É certo que para a formulação da crítica (especialmente a advinda de círculos e veículos não especializados) parece que pouco importam as relevantíssimas questões de interpretação constitucional que envolvem o tema e que ainda pendem de apreciação definitiva por parte do Plenário da Corte. Quando em conta, aliás, a construção do valor do justo, o domínio da técnica cede espaço para outros fatores. Assim, o sentimento manifestado é de que se deu passo atrás. O episódio somente reforça a imensa dificuldade que a sociedade enfrenta para assimilar algumas decisões judiciais. Vivemos época em que o Judiciário, estando cada vez mais presente na vida das pessoas, tem sido alvo de cobranças imensas, para as quais ora é criticado por não ofertar respostas em prazo razoável, ora por oferecê-las em desalinho com o que a maioria qualifica como correto e justo. A decisão de ontem encerra o ano de 2011 com uma marca que teima em acompanhar as relações entre o Judiciário e a opinião pública: a incompreensão. Dela decorre problema mais grave que é o isolacionismo. Fragiliza-se a ideia do controle social necessário ao avanço da instituição, diante da noção de que as críticas são desproporcionais e seletivas. O resultado é que os magistrados e a opinião pública parecem continuar a falar sem ser ouvidos. Cada qual a seu modo, caminhando em direções opostas”.

Em algumas situações, parece evidente que uma maior permeabilidade à opinião pública é salutar e reforçará o valor da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Em outras, porém, pode aparentar um risco à independência judicial conferir espaço significativo à opinião pública ou a outros instrumentos populares de pressão e influência, sob pena de que ponha em risco a própria missão institucional da magistratura.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado, conclui-se, em alinhamento com os objetivos propostos, que, nos últimos anos, tem crescido no Brasil os exemplos de responsabilidade social da magistratura, identificando-se, inclusive por meio de iniciativas das associações de classe, uma crescente exposição do comportamento dos juizes à crítica pública e um exercício perceptível do dever de prestar contas, verificando-se, quanto ao último, que o tema ganhou sensível avanço com a atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Caminha-se, assim, a passos largos, para que se abandone um modelo de responsabilidade judicial que privilegie o isolamento, caminhando-se para um paradigma de responsabilização social, com foco na figura dos usuários do sistema de justiça, situação que assume influência, inclusive, sobre a legitimação democrática do Poder Judiciário, com significativa importância em modelos nos quais juizes não são recrutados por meio de eleições populares, como ocorre no caso brasileiro.

Busca-se, destarte, construir um paradigma em que impere a obrigação de prestar contas e a responsabilidade, o qual se apresenta como o mais compatível com um regime político democrático, como o instituído pela ordem constitucional instalada em 1988, todavia não se tem por superada a constante tensão entre a necessidade de prestar contas e a garantia da independência judicial, de modo que uma maior permeabilidade à opinião pública pode representar, ao mesmo tempo, o incremento do coeficiente democrático, mas também um risco à tarefa institucional da magistratura.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 16.02.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. A democratização do Poder Judiciário. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juizes. São Paulo: Saraiva, 1996.

Luiz Fux vota contra validade da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010. Portal G1. *On line*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/luiz-fux-vota-contravalidade-da-lei-da-ficha-limpa.html>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. CNJ e *accountability*. *On line*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/cnj-e-accountability>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

NALINI, Renato. A rebelião da toga. São Paulo: Millennium, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A participação popular no STF. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 8 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Crítica comprometedora. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 6 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Falar sem ser ouvido. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Sobre 2011, o Judiciário e a opinião pública. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 20 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Teorias conspiratórias. *Jornal O Povo*, Fortaleza, p. 6, 17 jan. 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

VIANNA, Luiz Wernneck. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**The end of the world as they knew it:** should former judges be denied admission to the bar after the transition to democracy?

**O fim do mundo como eles sabiam:** a admissão à advocacia deve ser negada a antigos juizes após a transição para a democracia?

Stefan Kirchner

## The end of the world as they knew it: should former judges be denied admission to the bar after the transition to democracy?\*

### O fim do mundo como eles sabiam: a admissão à advocacia deve ser negada a antigos juizes após a transição para a democracia?

Stefan Kirchner\*\*

#### ABSTRACT

Societies which are in transition from one political system to an other, for example from Dictatorship to Democracy, are often faced with the problem of which role legal professionals who played a political role in the old regime can play in the new system. On one hand will the society require lawyers, on the other hand will it often be necessary to limit the role of those who played a role in the old system in the new system. This article will deal with the requirements for the admission to the bar in Germany. Particular emphasis will be given to prior convictions and good morals. In a second step, we will look at the effects of the German reunification in 1990 on the legal profession in those parts of Germany which used to be under Socialist rule. A key question is how a society in transition can make use of their expertise without condoning the crimes of the past. Or does the experience of a lawyer gained under communism not count as expertise in a democratic legal system? Apparently it cannot be completely useless because there are some skills that lawyers around the world have to master in any case. Yet, under German law, attorneys are not merely commercial actors but serve the judicial system as a whole. This requires attorneys to be willing to defend the constitutional order at all times. There might be doubts whether lawyers who served the Communist regime in East Germany can guarantee that they will defend the constitutional order of the Federal Republic. While this limits who can become an attorney, the freedom of profession in turn limits the state's ability to limit access to the legal profession. Based on a case study involving a former East German judge who seeks to be admitted to the bar in Germany, we will look at the balance between these diverse interests.

**Keywords:** bar admission, judge, attorney, East Germany, German Democratic Republic, Communism, transition, *Wende*, West Germany, Federal Republic of Germany, perversion of justice.

#### RESUMO

As sociedades que estão em transição de um sistema político para outro, por exemplo, da ditadura para a democracia, muitas vezes enfrentam o pro-

\* Recebido em 11/10/2016

Aprovado em 16/12/2016

The research for this text has been made possible by a grant by the Research Council of Lithuania (No. MIP-020/2012). This article is based on a presentation given by the author in Kaunas, Lithuania, in May 2013 and has been revised while the author was Associate Professor (docentas) at the Faculty of Law of Vytautas Magnus University in 2016. The text is up to date as of 5 October 2016

\*\* Senior Researcher, Arctic Centre, University of Lapland, Rovaniemi, Finland; Adjunct Professor (dosentti) for Fundamental and Human Rights, University of Lapland, Rovaniemi, Finland; fmr. Associate Professor for the Law of the Sea and Assistant Professor for International Law, VDU, Kaunas, Lithuania; member of the bar (Rechtsanwalt), Frankfurt am Main, Germany. E-mail: stefan.kirchner@ulapland.fi.

blema de saber qual função os profissionais do direito, que desempenhavam uma função política no antigo regime, podem exercer no novo sistema. Por um lado, a sociedade exigirá advogados, por outro lado será muitas vezes necessário limitar o papel daqueles que desempenharam um papel no sistema antigo. Este artigo tratará dos requisitos para admissão à advocacia na Alemanha. Será dada ênfase às antigas convicções e aos bons costumes. Em uma segunda etapa, examinaremos os efeitos da reunificação alemã em 1990 sobre a profissão do advogado naquelas partes da Alemanha que costumavam estar sob o domínio socialista. Uma questão-chave é como uma sociedade em transição pode fazer uso de seus conhecimentos sem tolerar os crimes do passado. Ou a experiência de um advogado obtida sob o comunismo não conta como experiência em um sistema legal democrático? Aparentemente, não pode ser completamente inútil, porque há algumas habilidades que os advogados de todo o mundo têm de dominar, em qualquer caso. No entanto, de acordo com a lei alemã, os advogados não são meramente agentes comerciais, mas servem o sistema judicial como um todo. Isso exige que os advogados estejam dispostos a defender a ordem constitucional em todos os momentos. Pode haver dúvidas se os advogados que serviram ao regime comunista na Alemanha Oriental podem garantir que defenderão a ordem constitucional da República Federativa. Enquanto isso limita quem pode se tornar um advogado, a liberdade de profissão, por sua vez, limita a capacidade do Estado de limitar o acesso à profissão de advogado. Com base em um estudo de caso envolvendo um ex-juiz da Alemanha Oriental que pretende ser admitido como advogado na Alemanha, verificaremos o equilíbrio entre esses diversos interesses.

**Palavras-chave:** Advogado, Alemanha Oriental, República Democrática Alemã, Comunismo, transição, *Wende*, Alemanha Ocidental, República Federal da Alemanha, perversão da justiça.

## 1. INTRODUCTION

Societies which are in transition from one political system to another, for example from Dictatorship to Democracy, are often faced with the problem of which role legal professionals who played a political role in the old regime can play in the new system. On one hand will the society require lawyers, on the other hand will it often be necessary to limit the role of those who played a role in the old system in the new system. In the context of the transition to democracy in Eastern Europe after the collapse of Communism, the issue of lustration has been a major political and legal issue. When attempting to create democratic states, it was often felt that those who had been in power during the time of the Communist regimes were unfit for public office in a democracy. Without going into the details, benefits and downsides of this approach, one issue is particularly interesting from the perspective of lawyers: how does a democratic society deal with those who enforced the will of the state through their professional legal work? While it might be easy to understand that the continuation of the work of judges who had served an undemocratic state is difficult to imagine in a democratic society, the rights and interests of these judges cannot be completely ignored and many former judges have turned to the practice of law as attorneys. While the legal qualification in less political fields of law, such as general contract law, might be not so much of a problem, the question can, and must, be asked if former judges should be admitted to the bar in the first place — after all, society at large has a valid expectation that attorneys are actually committed to fundamental legal principles in democratic states, such as the rule of law and respect for human rights.

This article will deal with the requirements for the admission to the bar in Germany, which is a special case in that there were already democratic institutions in West Germany which were in principle expanded to the formerly Communist East. Particular emphasis will be given to prior convictions and good morals. In a second step, we will look at the effects of the German reunification in 1990 on the legal profession in those parts of Germany which used to be under Socialist rule. The reunification led to an influx of lawyers from Western Germany to the East but there was a need for lawyers which required that lawyers trained

in the former East Germany had to find a way into the legal system of reunited Germany. Many of those who worked in legal professions in the former East Germany, though, were closely related to the former regime. A key question is how a society in transition can make use of their expertise without condoning the crimes of the past. Or does the experience of a lawyer gained under communism not count as expertise in a democratic legal system? Apparently it cannot be completely useless because there are some skills that lawyers around the world have to master in any case. Yet, under German law, attorneys are not merely commercial actors but serve the judicial system as a whole. This requires attorneys to be willing to defend the constitutional order at all times. There might be doubts whether lawyers who served the Communist regime in East Germany can guarantee that they will defend the constitutional order of the Federal Republic. While this limits who can become an attorney, the freedom of profession in turn limits the state's ability to limit access to the legal profession. Based on a case study involving a former East German judge who sought to be admitted to the bar in Germany, we will look at the balance between these diverse interests.

European attorneys still face high hurdles when it comes to the provision of legal services outside the national jurisdiction in which they have been admitted to the bar initially. The different legal regimes in the EU's 28 member states and the need to secure a high quality in legal services leads to a need for supervision on the part of the relevant national authorities. De facto, the way in which this happens is not supervision but prevention with exceptional permissions. EU law<sup>1</sup> allows attorneys who are admitted to the bar in one EU member state to practice EU law and international law in the other member states, provided they designate their qualification precisely and in the original language. A French *avocat* who works in Spain as a European lawyer is therefore not to be confused with an *abogado* who is permitted to actually practice Spanish law. There are similar possibilities for attorneys under the law of the World Trade Organization (WTO)<sup>2</sup> and today many states allow foreign lawyers to practice the law of their home jurisdiction on their soil. In all such cases, an attorney who wishes to expand the geographical reach of his or her work as to overcome some hurdles before he or she can enter a new legal system.

From the perspective of European integration, this is undesirable since it deprives an important economic group - attorneys - from the possibility to fully realize the freedom to provide services across the entire Union. However, while a surgeon can do her job as well in Finland as in Lithuania or Spain, once familiar with the language and local procedures (which might differ slightly from one hospital or an other anyway but which will always be framed by the medical dimension of this work), an attorney from Malta, even armed with the necessary language skills, will not be able to handle a case in Latvia without any training of Latvian law. While many legal rules are already harmonized across the European Union, many rules are still national (or sub-national) in character. Therefore safeguards are necessary to protect those who are seeking legal help from potentially unqualified attorneys. This does not mean, however that lawyers from EU member states would be completely restricted to their home jurisdictions. Under EU law<sup>3</sup> as well as under WTO rules<sup>4</sup>, attorneys can work in other States as long as they comply with certain restrictions which are aimed at securing that they practice only law in which they are actually trained.<sup>5</sup> Such safeguards are nothing out of the ordinary if one takes into account the need to protect clients. In fact, such a restriction is not only compatible with EU law but might also be seen as a reflection of the European Union's often paternalistic approach.

1 Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained. *Official Journal 1998 L 077*, 14 March 1998, p. 36-43. Available online at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0005:EN:HTML>>. Access on: 22 Mar. 2014.

2 HILF, Meinhard; SALOMON, Tim-René. Das Streitbeilegungssystem der WTO. In: HILF, Meinhard; OETER, Stefan. *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*. 2nd ed. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 165 et seq., at p. 185.

3 Directive 98/5/EC, supra, note 3.

4 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), 1947. Available at: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf)>. Access on: 22 Mar. 2014. included in Annex 1A of the WTO Agreement. Available at: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf)>. Access on: 22 Mar. 2014.

5 HILF, Meinhard; SALOMON, Tim-René. Das Streitbeilegungssystem der WTO. In: HILF, Meinhard; OETER, Stefan. *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*. 2nd ed. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 185.

But what if it is not the lawyer's choice to work in a different legal system, that is, what if it is not the lawyer who is moving abroad but the legal system which is changing fundamentally – in fact so fundamentally that the lawyer in question finds herself in a different state without ever leaving her hometown? This is the problem faced by lawyers in transition societies, in particular in Eastern Europe after the end of the Cold War and the dissolution of the USSR. While Lithuania regained independence, the so called German Democratic Republic (GDR) disappeared from the map altogether. Overnight, the legal knowledge of many lawyers dramatically lost value. Just how much of a shock this change has been for many who lived under Communist rule is highlighted already by the title of Alexei Yurchak's 2005 book, *Everything Was Forever, Until It Was No More: The Last Soviet Generation*.<sup>6</sup>

Maybe more than any other profession, apart from the leadership in government, lawyers' knowledge is devalued in case of a change not only of a regime but of the fundamental political system. What was always true becomes false - or is revealed as having been false all along. What was certain, disappears. What was familiar, was now gone. In a sense, on 3 October 1990 millions of East Germans might as well have been teleported into an other country. A quarter of a century later, it is almost hard to imagine that there was a time when the iron curtain separated Europe in two halves. There were a number of rules which survived the reunification in 1990 for a limited period in the newly formed federal states in what used to be East Germany, but by and large the GDR's legal regime came to an end. The fact that laws can change places an inherent limit on the value of legal knowledge and emphasizes the importance of legal skills. That is why we do not want our students to simply learn by heart but to be able to solve cases. Law students not only have to learn how to apply their knowledge but also have to develop the skills they require to solve problems which are unknown to them, indeed, problems which they cannot even imagine today. Such legal skills last much longer than legal knowledge. Therefore it comes as no surprise that lawyers in transition societies might find themselves in a situation in which their knowledge is next to worthless while their skills are in high demand due to the fact that there is a new legal system which needs lawyers to implement it. In the case of Germany this situation led to massive influx of young lawyers – attorneys, judges, prosecutors, law professors – from West to East Germany in the early 1990s. What then happened to those who already had practiced law in East Germany? Many attorneys, in particular in the field of private law, adapted quickly, took classes, studied up on the West German law which then applied to all of Germany and hit continued their work. After all, the law itself was not really new, it had been taught at West German universities for some time and there were plenty of textbooks available and the differences were not that great. In public and criminal law, the situation was more difficult. In particular when it came to those lawyers who had served the Socialist regime, for example as judges. It was inconceivable to let judges continue to work in this position if they had been part of the regime, who had sentenced those to prison terms who simply had spoken out against the East German government or who tried to flee the GDR for a better life in the West. The obvious question then was whether somebody with high legal skills who could not work as a judge or public official of any kind and who lacked the knowledge to teach law could be admitted to the bar and be allowed to practice law and to put his or her skills at use.

## 2. THE ATTORNEY IN THE GERMAN LEGAL SYSTEM

This approach would make the profession of the attorney a second best choice – and indeed for many law students at least in my home country this is the case: judges are appointed for life and have practically little if any obligations in terms of the choice of when to work and how – while enjoying a salary which is above the average salary of attorneys. To a lesser degree, the same applies to public officials, at least to

<sup>6</sup> YURCHAK, Alexei. *Everything Was Forever, Until It Was No More: The Last Soviet Generation*. Princeton: Princeton University Press, 2013.

the few enjoy lifetime positions. Attorneys on the other hand seem to come only in two brands: those who work hard for themselves and earn little and those who work even harder for a big law firm and earn a lot but without any sense of a functioning work-life balance. Of course these are two extremes but they are in the minds of many young lawyers. One reason may be that boutique law firms play hardly a role in legal education because they require a level of specialization which goes far beyond the ability of law school. All attorneys in Germany, however, fall under the Federal Lawyers' Act, the Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).<sup>7</sup>

While the standing attorneys enjoy among law students is varied, the perception of the general public may be even worse. The commercialization of legal services has contributed to the emergence of stereotype of the wealthy lawyer who is primarily interested in money. Not only is this image far from the truth, it is also incompatible with how the German law understands the profession of the attorney. The attorney is not merely a commercial actor but an organ of the justice system as a whole.<sup>8</sup> An attorney is to serve not two, but three, masters: first, the justice system – provide legal services even if the client cannot pay and even if the amount paid by the state if the client receives legal aid<sup>9</sup> is not nearly sufficient to cover the costs incurred by being forced<sup>10</sup> to provide almost free legal aid. Second, his or her client. We are supposed to do what is best for our client. But which way will we go if we are to choose between a solution which may not be ethical but still legal enough to ensure that one is not disbarred right away and a solution which is ethical but less beneficial to the client? Can attorneys afford ethics? This question brings us to the third master, not money but one's law firm, the employees, ourselves and our families. An attorney who runs a law firm has a responsibility for one's employees. What matters more – the employees or the clients? Ethics or taking care of one's family? The abstraction of the justice system as a whole or the bills your employees need to pay? These are decisions attorneys will have to make and they cannot simply elevate the commercial aspects of their work to the detriment of their service to justice. This requires attorneys to be mature and responsible individuals who are capable of thinking for themselves. It is no coincidence that the German system requires two years of practical work after graduating from university and that there are strict limitations with regard to the admission to the bar.<sup>11</sup> Now contrast this with the work experience of a judge in an undemocratic regime: it is not the law which rules, let alone justice, but the party. How can somebody who has given up his or her professional integrity to serve a regime which denies the rule of law now be expected to serve justice?

### 3. BARRIERS TO THE ADMISSION TO THE BAR IN GERMANY

Among barriers to the admission to the bar in Germany are previous convictions, provided that the delict in question is of a sufficient degree of severity<sup>12</sup> and the issue of lacking the character necessary to serve as an attorney.

One potential crime for which East German judges might be prosecuted and sentenced and which could prevent them from being admitted to the bar in Germany is perversion of justice. This is not a case of victor's justice in that Western laws were imposed on East Germans after the fact. Rather, perversion of justice was also a crime under the laws of the German Democratic Republic. The fact that it happened practically on a daily basis and was sanctioned, even demanded, by the political leadership, does not change the fact that it was indeed a crime under East German law. Accordingly, there have been cases in which the

7 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO, the German Federal Lawyers' Act, of 1 August 1959, Bundesgesetzblatt (Federal Gazette) 1959 III no. 303-8. Available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf>>. Access on: 22 Mar. 2014

8 § 1 BRAO; PEITSCHER, Stefan. *Anwaltsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 42.

9 PEITSCHER, Stefan. *Anwaltsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 224.

10 PEITSCHER, Stefan. *Anwaltsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013.

11 § BRAO; PEITSCHER, Stefan. *Anwaltsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 51.

12 § 7 Nr. 5 BRAO; PEITSCHER, Stefan. *Anwaltsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 54.

East German law was applied by German courts after the reunification to deal with issues which occurred during the socialist rule in East Germany. Those responsible were held to their own standards – but in some cases could benefit from softer sentencing rules under the West German law which applied all over Germany at the time of the proceedings. Essentially judges who were found guilty of perversion of justice were found guilty of a violation of East Germany’s own laws (which only existed on paper but which existed nevertheless) but enjoyed the benefits of a judicial system which is based on the rule of law.

Even if the sentence for perversion of justice would not cross the threshold established by the Bundesrechtsanwaltsordnung, a proven case of perversion of justice can be enough to prevent a former judge from being admitted to the bar. This decision has to be made on a case-by-case basis but in particular when perversion of justice in criminal law cases is concerned, former East German judges are unlikely to be admitted to the bar in Germany.

Which effect does this have on lawyers’ understanding of legal ethics? At first sight, one might think that this issue might be limited to judges. In addition to judges, lawyers who work in public administration ought to take note as well. In these cases, there is a clear exercise of power by lawyers with regard to citizens. In the German legal system however, the work of attorneys, too, is considered to be more than a mere business. Rather, under German law, attorneys are not only part of the judicial process but are considered to be “Organe der Rechtspflege”,<sup>13</sup> which literally translates as “organs of the care for the law”, which describes rather well that attorneys, like notaries, serve not only the individual client in concreto but the law as such in abstracto. From this characterization follow certain legal consequences concerning the behavior of attorneys. But it does not need such a legal definition of the abstract service role of attorneys to create obligations regarding the behavior of attorneys. Lawyers of all professions, be they attorneys or prosecutors, notaries or judges, officials in public administration or in house lawyers, are working within a specific framework. This framework is the law.

From that it might follow that the law is the ultimate yardstick against which to measure the permissibility of the behavior of lawyers. But not all forms of unethical behavior might be illegal. This can be, because the law might not be concerned with the details of all potential lawyer behaviors – it might also be because the law itself is unethical and immoral. In the aforementioned German case, a judge had been denied admission to the bar in reunified Germany for violating (East German) law. This precedent does not answer the question of how to deal with judges (or other public officials), who not only adhered to but actively implemented the laws of an unjust regime. One potential dividing line between acceptable and unacceptable behavior under the old regime could be drawn in analogy to Radbruch’s famous formula<sup>14</sup>, according to which “the conflict between justice and legal certainty could be solved in that way that the positive [...] law also takes precedence when it is unjust and impractical, unless the contradiction of the positive law to justice has reached such an unbearable level that the [positive] law as ‘wrong law’<sup>15</sup> has to give way to justice.”<sup>16</sup> However, when “justice is not even aimed at, where the equality, which is the core of all justice, has knowingly been denied when positive law was made, there the law is not only ‘wrong’ law, rather, it completely lacks legal nature.”<sup>17</sup> Why should this standard only be applied to lawmakers and not to those who actually give force to the law? After all, it is the judge who makes the final decision over a defendant’s freedom or a claimant’s rights. This

13 § 1 BRAO.

14 RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: *SÜDDEUTSCHE Juristenzeitung*. 1946. p. 105 *et seq.*, see also DOUGLAS, Lawrence. Was damals Recht war... *Nulla Poena* and the Prosecution of Crimes against Humanity in Occupied Germany. In: MAY, Larry; EDENBERG, Elizabeth. (Ed.). *Jus Post Bellum and Transitional Justice*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 44 *et seq.*, at p. 66.

15 The German term “*unrichtig*” would literally translate as “non-right” and seems to have been chosen deliberately in order to create a contrast between the words “*unrichtig*” (wrong) and “*Recht*” (law) and to carry the echo of the word “*Unrecht*” (which means injustice but has an even stronger ring to it in German than the English term) with it. The latter word is commonly used in German to describe activities of the National-Socialist regime between 1933 and 1945 (“*NS-Unrecht*”).

16 Radbruch, *supra* note 15, p. 106. Translation by Stefan Kirchner.

17 Radbruch, *supra* note 15, p. 106. Translation by Stefan Kirchner.

problem is not limited to criminal law cases. After all there is a risk of abuses also in private law cases, in particular in countries which recently had a regime which used expropriations<sup>18</sup> for political purposes. Upholding an expropriation in court, denying a legal claim based e.g. on the claimant's religion is manifestly unjust. By making decisions which are as unjust as to essentially fail Radbruch's test (which was, strictly speaking, aimed at law-making rather than the application of law), judges choose the wrong side of the law.

But is it realistic to expect judges to go against unjust laws? Lawyers are often said to be easily led by authorities. Yet there are also notable examples of deliberate actions against unjust laws, also in Lithuanian history: During World War II, the city of Kaunas was the temporary home of two of the most remarkable public servants of the 20th century, Sugihara Chiune and Jan Zwartendijk. Mr Sugihara was vice-consul of the Empire of Japan here in Kaunas. In fact, he was not a lawyer but had studied literature. In 1940 he violated both his orders and the relevant regulations and issued thousands of Japanese transit visa to Jews who wanted to flee Lithuania and enabled many to flee through the Soviet Union.<sup>19</sup> Mr Zwartendijk, who has been awarded the life saving cross by the Republic of Lithuania posthumously in 2012,<sup>20</sup> was working for the Dutch company Philips but served as a part-time consular official in Lithuania and issued – de facto illegal – visa for Curacao.<sup>21</sup> The combination of visa for Curacao and transit visa for Japan allowed thousands of Jews to flee in time. While neither Sugihara nor Zwartendijk were lawyers, these two men show what is meant by good morals. As public officials, their functions were not much different from the functions lawyers who work as public officials might have today. Does that mean that lawyers are free to violate the law? As servants of the law, rebellion against the law does not come easy.

German law, however, as we will see in a moment, requires future attorneys to swear to protect not the law but the constitutional order, a reminder of the fact that compliance with the law is not always ethical. This is not asked too much. After all, all lawyers should be equipped with something for which there is a word for German but hardly in any other language, although it is universal in character: *Judiz*. *Judiz* is the single most essential quality which is required of everybody who is working in a legal profession and can be translated as the faculty of judgment in legal matters, the intuitive capability to make correct legal decisions,<sup>22</sup> a sense for the law.

#### 4. ETHICS MATTER

Therefore legal ethics and good morals do matter – in particular among lawyers because lawyers are supposed to have a sense for such issues. And good morals are more than the law. Our profession is one which often puts us in the spotlight. How do we act in the courtroom? How do we treat our clients? How do we treat our employees? Lawyers are bound to a higher standard because we serve more than our wallets and our clients. If necessary, lawyers need to stand up for others and speak truth to power, no matter what the price. Ultimately, lawyers might find themselves in a position in which they have to give up the adherence to the law in order to serve the higher good of justice itself. The question then is if those who failed to stand up against injustices should be allowed to serve the law after a change of the form of government. Not admitting to the bar those who violated the law and were unjust at the same time is the easy decision. Those who failed to stand up against injustice should be the burden of proof that they will be able to do so in the future. While the freedom of profession is an important human right, it is by no means an absolute right

18 On the legality of upholding Soviet-era expropriations with the European Convention on Human Rights see KIRCHNER, Stefan; GELER-NOCH, Katarzyna. Compensation under the European Convention on Human Rights for Expropriations enforced prior to the Applicability of the Convention. *Jurisprudencija*, v. 19, n. 1, p. 21, 2012.

19 PALDIEL, Mordecai. *Diplomat Heroes Of The Holocaust*. Jersey: KTAV Pub. Inc., 2007. p. 42.

20 PALDIEL, Mordecai. *Diplomat Heroes Of The Holocaust*. Jersey: KTAV Pub. Inc., 2007. p. 39 *et seq.*

21 PALDIEL, Mordecai. *Diplomat Heroes Of The Holocaust*. Jersey: KTAV Pub. Inc., 2007.

22 Lexexakt.de Rechtslexikon, "Judiz". Available at: <<http://www.lexexakt.de/glossar/judiz.php>>. Access: 22 Mar. 2014.

and can be restricted.<sup>23</sup> Those who served an undemocratic legal system and who now wish to serve the law in a democracy will have to provide some guarantee that they are committed to do so. In fact, everybody who wishes to serve the law ought to show allegiance not just to the law as a text but to the fundamental principles on which free societies are based.

In Germany, this is done immediately before the new attorney is admitted to the bar by swearing to uphold the constitutional order and to fulfill the duties of an attorney:

“I swear to God the Almighty and Allknowing, to uphold the constitutional order and to conscientiously fulfill the duties of an attorney, so help me God.”<sup>24</sup> [The law allows for alternative, not religiously phrased, oaths, as well as for the possibility to avoid the word “swear”<sup>25</sup>, the latter in consideration of the prohibition of oaths in the Bible.<sup>26</sup>

In contrast, judges only swear to exercise their office in accordance with the constitution and the law and without discrimination:

I swear to exercise the office of judge according to the Basic Law for the Federal Republic of Germany and according to the law, to judge according to best knowledge and conscience, irrespective of the person concerned, and only to serve truth and justice, so help me God.<sup>27</sup>

The word “wahren”, which I have translated here with the word “uphold”, requires more than merely refraining from violating the constitutional order. While this dimension is also included in the word, synonyms suggested by the leading German dictionary include, among others, maintain, conserve, not change, protect, secure and defend.<sup>28</sup> The obligation therefore also has an active element, which also would require an attorney to speak out against violations of the Basic Law, including human rights. It is therefore already visible from the oath sworn by the attorney-to-be that the duty of an attorney under German law goes beyond the law itself. In the case of judges, the duty to follow the law, which follows from the rule of law itself,<sup>29</sup> yet the oath goes beyond the law and spells out that the judge does not serve the law but “truth and justice”.<sup>30</sup>

## 5. FINAL CONCLUSIONS

German law therefore presents formidable, but not insurmountable, hurdles for former East German judges who wish to work as attorneys in reunified Germany. How can this result be translated to other legal systems? The case of East Germany differs fundamentally from other post-Socialist countries. The East Germany was dissolved and the land and people joined the Federal Republic, until then referred to as West Germany. Some States regained their independence (for example the Baltic republics), others became independent for the first time in the modern era. Often this meant an absence of a tradition of a specific ethics of attorneys. Also, given that there will be a need for lawyers after a systematic change and taking into account that outsiders can only take up part of the slack and are more likely to play a role in the context of

23 For Germany see Article 12 para. 1 sentence 2 of the *Grundgesetz* (GG) of 23 May 1949, Germany’s Federal Constitution, *Bundesgesetzblatt* (Federal Gazette) 1949, pp. 1 *et seq.*, Available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>. Access: 22 Mar. 2014.

24 § 12 a I BRAO. Translation by Stefan Kirchner.

25 § 12 a I BRAO.

26 See Matthew 5:33-37, *e.g.* in United States Conference of Catholic Bishops, *New American Bible*, Matthew, Chapter 5. Available at: <<http://www.usccb.org/bible/matthew/5>>. Access on: 22 March 2014.

27 § 38 a I *Deutsches Richtergesetz* (DRiG), the German Judiciary Act, of 8 September 1961, promulgated on 19 April 1972, *Bundesgesetzblatt* (Federal Gazette) 1972 I 713. Available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/drig/gesamt.pdf>>. Translation by Stefan Kirchner. Here, again, the religious phrase may be omitted.

28 Dudenverlag, Duden online, “wahren”, available at: <<http://www.duden.de/rechtschreibung/wahren>>. Access on: 12 Mar. 2014.

29 See Article 20 para. 3 GG.

30 § 38 a I DRiG.

rule of law or human rights dialogues, many States which have just undergone such a sea change will hardly be in a position to be choosy when it comes to ensuring that legal services are actually available. However, the door is not completely closed and it should remain possible to undergo a transition to a free and democratic system without taking away the livelihoods of lawyers, although it might require a lot of retraining. In any case it will require a clear commitment to democratic values and to the rule of law. These values should be reflected in the everyday ethical professional behavior of all lawyers.

## REFERENCES

Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO, the German Federal Lawyers' Act, of 1 August 1959, *Bundesgesetzblatt* (Federal Gazette) 1959 III no. 303-8. Available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf>>. Access on: 22 Mar. 2014

*Deutsches Richtergesetz* (DRiG), the German Judiciary Act, of 8 September 1961, promulgated on 19 April 1972, *Bundesgesetzblatt* (Federal Gazette) 1972 I 713. Available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/drigr/gesamt.pdf>>.

Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained. *Official Journal* 1998 L 077, 14 March 1998, p. 36-43. Available online at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0005:EN:HTML>>. Access on: 22 Mar. 2014.

DOUGLAS, Lawrence. Was damals Recht war... *Nulla Poena* and the Prosecution of Crimes against Humanity in Occupied Germany. In: MAY, Larry; EDENBERG, Elizabeth. (Ed.). *Jus Post Bellum and Transitional Justice*. New York: Cambridge University Press, 2013.

Dudenverlag, Duden online, "wahren", available at: <<http://www.duden.de/rechtschreibung/wahren>>. Access on: 12 Mar. 2014.

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), 1947. Available at: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf)>. Access on: 22 Mar. 2014. included in Annex 1A of the WTO Agreement. Available at: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf)>. Access on: 22 Mar. 2014.

HILF, Meinhard; SALOMON, Tim-René. Das Streitbeilegungssystem der WTO. In: HILF, Meinhard; OETTER, Stefan. *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*. 2nd ed. Baden-Baden: Nomos, 2010.

KIRCHNER, Stefan; GELER-NOCH, Katarzyna. Compensation under the European Convention on Human Rights for Expropriations enforced prior to the Applicability of the Convention. *Jurisprudencija*, v. 19, n. 1, p. 21, 2012.

Lexexakt.de Rechtslexikon, "Judiz". Available at: <<http://www.lexexakt.de/glossar/judiz.php>>. Access: 22 Mar. 2014.

Matthew 5:33-37, e.g. in United States Conference of Catholic Bishops, *New American Bible*, Matthew, Chapter 5. Available at: <<http://www.usccb.org/bible/matthew/5>>. Access on: 22 March 2014.

PALDIEL, Mordecai. *Diplomat Heroes Of The Holocaust*. Jersey: KTAV Pub. Inc., 2007. p. 42.

PEITSCHER, Stefan. *Anwaltsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 42.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: *SÜDDEUTSCHE Juristenzeitung*. 1946. p. 105 *et seq.*

YURCHAK, Alexei. *Everything Was Forever, Until It Was No More: The Last Soviet Generation*. Princeton: Princeton University Press, 2013.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Condicionantes e diretrizes de políticas públicas:** um enfoque comunitarista da transformação social

**Conditioning factors and public policy guidelines:** a communitarian approach to social transformation

João Pedro Schmidt

# Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social\*

## Conditioning factors and public policy guidelines: a communitarian approach to social transformation

João Pedro Schmidt\*\*

### RESUMO

O artigo objetiva apresentar contribuições da teoria comunitarista ao debate sobre a capacidade das políticas públicas produzirem real transformação social. Essa capacidade é questão relevante no debate político atual, que, ainda, repercute os embates ideológicos dualistas do século XX e está impregnado pelo ceticismo acerca da potência transformadora da política. Inicialmente, o texto explana as condições de guiabilidade de sistemas sociais e de eficácia das políticas sob o enfoque da Teoria da Orientação Social, formulada por Amitai Etzioni, em um enfoque alternativo ao racionalismo e ao incrementalismo. Após, sumariza um elenco de diretrizes formuladas por autores comunitaristas para nortear e conferir sentido democrático e humanístico às políticas. O texto conclui que as contribuições comunitaristas, caracterizadas por uma perspectiva realista, são relevantes tanto no plano analítico (análise de políticas) quanto no plano da ação (planejamento e implementação) para o tema da transformação social. O método é dedutivo e a técnica de pesquisa é bibliográfica.

**Palavras-chave:** comunitarismo; orientação ativa; Amitai Etzioni; políticas públicas.

### ABSTRACT

The article aims to present contributions from communitarian theory to the debate about the capacity of public policies to produce real social transformation. This capacity is a relevant issue in the current political debate, which still reverberates the dualistic ideological clashes of the twentieth century and is impregnated by skepticism about the transformative power of politics. Initially, the text explores the conditions for guiding social systems and policy effectiveness under the approach of the theory of social guidance, formulated by Amitai Etzioni, in an alternative approach to rationalism and incrementalism. Afterwards, he summarizes a set of orientations formulated by communitarian authors to guide and give a democratic and humanistic sense to the policies. The text concludes that communitarian contributions, characterized by a realistic perspective, are relevant both in

\* Recebido em 14/11/2016

Aprovado em 09/12/2016

O artigo resulta dos estudos desenvolvidos durante estágio pós-doutoral realizado junto ao The Communitarian Institute for Policy Studies, da The George Washington University, Washington DC, Estados Unidos, sob a supervisão do Professor Amitai Etzioni, no 1º semestre de 2016. O autor agradece o apoio da CAPES, pela concessão de bolsa do Programa de Estágio Sênior (Processo BEX 5731/15-1), e à Universidade de Santa Cruz do Sul, pelo suporte proporcionado mediante o Programa de Apoio a Estágio Pós-Doutoral.

\*\* Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com pós-doutorado na The George Washington University, Washington DC (2016). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, docente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado

the analytical (policy analysis) and action (planning and implementation) for the theme of social transformation. The method is deductive and the research technique is bibliographical.

**Key words:** communitarianism; active orientation; Amitai Etzioni; public policy.

## 1. INTRODUÇÃO

Política pública pode ser definida como um conjunto de decisões e ações de órgãos públicos e organizações da sociedade, dotadas de coerência intencional, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político. Toda política pública constitui uma tentativa de intervenção na realidade social, seja de controle ou de mudança, deflagrada com base na percepção pública de que uma situação indesejada requer intervenção transformadora. Na perspectiva do ciclo de políticas, essa percepção está na origem de um problema político. Uma parte dos problemas políticos é inserida na agenda governamental, condição necessária para a formulação da política, seguida da sua implementação e da avaliação. Esse ciclo envolve múltiplos fatores e agentes de diferentes grupos de interesse, cuja interação e correlação de forças definem os seus desdobramentos práticos.

Nenhuma política é um exercício puramente racional. Vontade, emotividade e racionalidade estão entrelaçados ao longo de todo o ciclo das políticas e são elementos necessários para que a ação coletiva consiga sobrepor-se às tendências inerciais da vida social e transformar uma dada situação. A possibilidade de real transformação social, com base na potência da vontade e da racionalidade, está, porém, em xeque, ao menos no que tange à real capacidade de resolver problemas importantes. Em que pesem os avanços tecnológicos e a sofisticação dos aparatos de gestão, há uma ampla desconfiança sobre a real capacidade de transformação da realidade com base na política, seja por conta de fatores internos ao campo político, como inaptidão ou incompetência dos agentes, seja em decorrência de forças sistêmicas suprapolíticas.

A ciência política vem se ocupando desse tema há décadas. Racionalismo e incrementalismo constituem respostas em sentido oposto.<sup>1</sup> O racionalismo sustenta uma potência significativa da racionalidade e da tecnologia como fatores de transformação social; o incrementalismo não vê mais que mudanças incrementais, pequenos avanços derivados de acordos pragmáticos entre os agentes envolvidos. Entre um e outro, há enfoques mais matizados acerca da capacidade da política em construir soluções para graves questões sociais como a persistência de conflitos entre grupos e nações, a desigualdade social, a pobreza, o desemprego, a degradação ambiental.

Esse debate tem raízes antigas. A polêmica entre o racionalismo e o incrementalismo ecoa discussões filosóficas iniciadas na antiga Grécia. A filosofia grega, explica Henrique de Lima Vaz<sup>2</sup>, foi marcada pela visão cósmica ou cosmológica, que percebia o mundo como *kosmos*: um grande Todo perfeito e animado, ordenado segundo uma hierarquia de formas, eterno e estático na sua perfeição, proposta a uma razão que se quer espelho da ordem cósmica. O homem é um microcosmo que reflete (ou deve refletir, ao menos no ato supremo da contemplação) a ordem do *kosmos*, assim como a vida na *pólis* e o direito. Aristóteles, na sua grande síntese do pensamento grego, apresenta o modelo astrobiológico (coordenação dos ritmos de vida e do ritmo dos astros).

Essa *visão cósmica*, uma concepção fatalista e anti-histórica, permeou, também, a cultura cristã medieval. As grandes construções filosóficas medievais, especialmente Agostinho e Tomás de Aquino, pretenderam fazer uma síntese entre a concepção filosófica grega e a religião cristã. Essa síntese entre o cosmocentrismo e o teocentrismo, sendo Vaz, significou o aprisionamento das revolucionárias ideias bíblicas de história e

1 HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, J. F. (org.) *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Edunb, 2009.

2 VAZ, Henrique L. *Ontologia e história*. São Paulo: Duas Cidades, 1968.

liberdade dentro do horizonte do mundo estático e hierarquizado da concepção filosófica dos antigos.

Foi, apenas, na modernidade que se operou a ruptura com a visão cósmica, com a gradativa difusão da *visão histórica*. O agir humano emancipa-se dos quadros de um mundo estático e eterno, seja na forma cosmo-cêntrica, seja na forma teocêntrica, e descobre-se como feitor de sua história e responsável por ela. Tal história se apresenta como “aberta” e sua direção é dada pelos projetos socialmente elaborados. A “criatividade” é expressão da razão construtora. Trata-se de um panorama decididamente antropológico e antropocêntrico. O agir humano passa a ter como única referência o homem. O mundo, agora, é aventura, e não mais uma morada para o homem. E, nessa aventura, as ambiguidades cedo se manifestam no confronto das ideologias. A Idade Moderna é a Idade das Ideologias, é a época em que diversos grupos ou classes formulam uma própria justificação de sua existência histórica e um projeto próprio.

O impacto da visão histórica, de um mundo sem amarras e sem limites, foi formidável. Em poucos séculos, a ciência e a tecnologia modificaram a face do planeta e produziram condições materiais de vida completamente novas, para o bem e para o mal. As inovações na produção dos meios de vida, de habitação, de transporte, de comunicação, de saber, ensejaram melhorias notáveis para grande parte da população mundial. Entretanto, a ciência e a tecnologia desenvolveram-se sob o influxo da dinâmica capitalista e as mudanças que ajudaram a produzir estão associadas aos impasses da atual sociedade de consumo, como a degradação ambiental, sem que tenham sido eliminados em grande parte do planeta males históricos como fome, doenças, guerras, discriminações e opressões.

A crise das ideologias repercute a decepção com o fracasso dos grandes projetos de transformação do mundo, especialmente o socialismo do século passado. As dúvidas sobre a “guiabilidade” do mundo é mais atual que nunca. A vontade política é capaz de moldar o mundo ou estamos submetidos a forças impessoais, macrosociais? Os voluntaristas acreditam na primeira hipótese; os deterministas, na segunda. E essas posições divergentes se expressam nos debates da ciência política entre racionalistas e incrementalistas. Racionalistas jogam suas fichas no planejamento bem-feito, na previsibilidade conferida por modelos matemáticos, nas novas perspectivas trazidas pela informatização. Incrementalistas, apoiados no exame empírico dos governos de países capitalistas avançados, entendem que a razão técnica e o planejamento não avançam para além das mudanças incrementais.

O presente texto apresenta as linhas gerais da contribuição da Teoria Comunitarista a esse debate. Utilizando-se de raciocínio dedutivo, o texto busca mostrar que os condicionantes e as diretrizes formuladas por vários autores comunitaristas constituem uma arquitetura conceitual própria à análise e formulação realista de políticas públicas, para além do voluntarismo racionalista e da resignação incremental. O problema que conduz o estudo se desdobra em duas questões: quais as razões aduzidas por Etzioni, na sua Teoria da Orientação Social, em favor do argumento de que as políticas públicas, respeitados os condicionamentos sociais, podem produzir mudanças reais na ordem social? E quais são as diretrizes orientativas que devem reger a ação transformadora das políticas? No primeiro momento, o texto explana as condições da guiabilidade de sistemas sociais e da efetividade-eficácia das políticas. No segundo, apresenta um elenco de diretrizes formuladas por autores comunitaristas para nortear e conferir sentido democrático e humanístico às políticas públicas.<sup>3</sup> A técnica de pesquisa é bibliográfica, com recurso a livros e artigos. A teoria de base é o comunitarismo, com destaque para o pensamento de Etzioni.

3 Etzioni distingue a *policy research* da *basic research* na análise de políticas públicas. A primeira compreende os estudos de caráter aplicado, voltados a subsidiar políticas públicas, que têm três características básicas: maleabilidade, escopo da análise, e direcionamento dos resultados e comunicação. A segunda caracteriza-se pelo caráter de aprofundamento do conhecimento teórico sobre determinado tema. O presente estudo pertence à segunda categoria. (ETZIONI, Amitai. The unique methodology of policy research. In: GOODIN, Robert (ed.) *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006b, p. 833-843.)

## 2. CONDIÇÕES DE EFETIVIDADE E EFICÁCIA DAS POLÍTICAS, SEGUNDO A TEORIA DA ORIENTAÇÃO SOCIAL

A *Teoria da Orientação Social (theory of social guidance)* desenvolvida por Etzioni é uma teoria da *orientação ativa (active orientation)*, de caráter sistêmico, apoiada no pressuposto de que há razões empíricas para conceber a dinâmica das sociedades complexas como sistemas, ou seja, conjuntos interligados de partes que se condicionam mutuamente. A sociedade é o sistema mais amplo; economia, política, cultura, religião, são subsistemas<sup>4</sup>. Do ponto de vista da ação política, a questão central diz respeito à maleabilidade do sistema social frente à vontade humana expressa na ação coletiva.

Etzioni enfrenta o tema do alcance da orientação social com base na seguinte formulação: “Sob quais condições os fatores orientadores são, relativamente, mais poderosos? O que torna a sociedade relativamente mais maleável?”<sup>5</sup> Em outras palavras: sob quais condições a capacidade de guiar é reforçada? Trata-se de analisar o alcance da ação coletiva, da vontade coletiva. A resposta do Autor, apresentada em diversas obras e sob diferentes ângulos, inclui várias condições da eficácia da vontade coletiva. Respeitar essas condições é pressuposto para que a orientação social presente nas políticas públicas produza os efeitos pretendidos.

### 2.1. Responsividade: atenção às necessidades básicas do ser humano

Responder às necessidades básicas do ser humano é uma condição fundamental não só da política, mas de qualquer organização e instituição. Etzioni parte do pressuposto de que a flexibilidade das necessidades humanas básicas é limitada. A pirâmide de Abraham Maslow lhe parece uma formulação importante das necessidades humanas, mas não suficiente. Maslow estabelece cinco níveis de necessidades, cada qual sendo condição para o nível seguinte: 1. Fisiológicas; 2. Segurança (abrigo, sustento financeiro); 3. Amor (afeto, pertencimento); 4. Estima (reconhecimento das capacidades pessoais); 5. Auto-realização (tornar-se o que o indivíduo pode ser). Etzioni<sup>6</sup> apresenta uma hierarquia modificada de necessidades: 1. Fisiológicas; 2. Afeto, amor; 3. Reconhecimento, aprovação; 4. Sentido de contexto, de orientação, de coerência ou totalidade; 5. Satisfação repetida; 6. Sentido de estabilidade quanto às expectativas; 7. Adequação dos papéis às diferentes personalidades. A principal crítica de Etzioni à concepção de Maslow é a concepção individualista que a “realização pessoal” (que está no topo das necessidades) adquiriu nas sociedades de consumo. A concepção comunitária insiste na associação entre realização pessoal e vivência comunitária.

A premissa comunitarista fundamental é que as necessidades básicas do ser humano não podem ser manipuladas em longo prazo, embora possam ser por algum tempo mediante formas “não-naturais” (próprias da mídia, de lideranças carismáticas, do fundamentalismo religioso e outras). Em longo prazo, a sociedade não pode ser boa nem mesmo estável sem responder às necessidades dos seus membros. O oposto de responsividade é alienação, um fenômeno agudo em sociedades complexas, reproduzida em instituições e organizações que se valem de coerção ou incentivos econômicos para alcançar seus objetivos. A responsividade descarta o uso reiterado de formas verticais (downward) de decisão política, próprias das modalidades elitistas de governo; requer que as necessidades básicas sejam atendidas mediante formas de decisão baseadas na combinação entre a autoridade e a participação dos cidadãos nas decisões políticas.<sup>7</sup>

4 A grande obra em que Etzioni desenvolve a teoria sistêmica da ação coletiva é *The Active Society*, publicada em 1968 (utiliza-se aqui a versão espanhola, *La Sociedad Activa*, de 1980). A obra está centrada nas condições necessárias para que a sociedade se torne ativa, ou seja, as condições para a formação da vontade coletiva e a organização da ação coletiva para a transformação social. A mudança da linguagem e do repertório conceitual em obras posteriores não invalida os pressupostos afirmados nessa obra.

5 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991, p. 25.

6 ETZIONI, Amitai. *La sociedad activa: una teoría de los procesos societales y políticos*. Madrid: Aguilar, 1980, p. 706.

7 ETZIONI, Amitai. *The active society revisited: a response*. In: McWILLIAMS, W. (ed.) *The active society revisited*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

## 2.2. Poder como persuasão

A Teoria da Orientação social pressupõe que o poder (capacidade de “A” conduzir a ação de “B”) não é algo negativo em si. O poder é indispensável para controlar, modificar tendências e produzir resultados desejados. É uma potência limitada: indivíduos e coletividades não têm capacidade de “desenhar” e “controlar” livremente, como pensam os voluntaristas, mas também não estão submetidos a forças macrossociais, impessoais, conforme alegam os deterministas.

O poder está disperso nas engrenagens sociais e as lógicas de decisão de cima para baixo, lógicas de “desenho” e de “controle”, têm alcance limitado. O poder das unidades centrais, do topo (*overlay*), é limitado pelo poder disperso no corpo social, na base (*underlay*). As unidades centrais não têm capacidade de controle pleno; as unidades controladas têm certa capacidade interna de controle e resistência. A “guiabilidade” de um sistema é condicionada largamente pela compatibilidade ou pela possibilidade de compatibilizar os fins que orientam as unidades “*underlay*” e “*overlay*”.<sup>8</sup> Uma sociedade ativa requer o exercício do poder voltado à formação de consenso (congruência de preferências) entre as unidades centrais e periféricas.

Essa é a base da concepção ao mesmo tempo analítica e normativa do poder, uma visão “realista”, que se opõe ao voluntarismo e ao determinismo. A confiança exagerada na capacidade governamental de modificar situações sociais é marca do voluntarismo, o qual desconhece a complexa imbricação das unidades sociopolíticas e o poder nelas disperso. O fato, historicamente, comprovado de que nem nos regimes totalitários os governos lograram implementar muitas das mudanças planejadas evidencia o limite do voluntarismo. Seu oposto, o determinismo, minimiza a importância do poder, desconhece que ao longo de todo o processo de uma política é necessário usar o poder para vencer resistências. O poder é indispensável à política e é mais eficaz quando há maior consenso acerca dos fins entre as diferentes unidades.

A orientação social é um enfoque que reconhece a importância da direção política e da ação governamental, mas destaca que a sociedade ativa depende da formação da vontade coletiva, algo bem mais amplo que a vontade das elites. Somente quando se forma uma vontade coletiva, traduzida em ação coletiva, é que a transformação social se torna possível. A liderança política compatível com a formação da vontade coletiva utiliza amplamente a persuasão (não a força ou a imposição), dialogando com instituições, organizações, redes e comunidades.<sup>9</sup>

## 2.3. Consenso baseado em valores

O poder, sempre, está desigualmente distribuído. A desigualdade refere-se não só a governantes e governados. Diz respeito aos desníveis “inter” e “intra” nas organizações, instituições e corporações, tanto sob o ponto de vista da capacidade de tomar decisões quanto do acesso à informação relevante e às redes de contato, que são insumos do processo de decisão. O limitado alcance do poder centralizado, mesmo em regimes totalitários, requer que a orientação ativa considere atentamente as conexões entre o poder central e o corpo social. Decisões de cima para baixo (*downward*) são necessárias, mas devem ser complementadas e reforçadas por decisões de baixo para cima (*upward*). Os centros de poder devem agir em sintonia com as solicitações provenientes das múltiplas unidades sociais, tanto as da esfera estatal (burocracia estatal) quanto as da sociedade civil (organizações, movimentos sociais) e da esfera privada (empresas privadas).<sup>10</sup>

As conexões *downward-upward* podem estar assentadas em bases diversas, como a força, as vantagens eco-

8 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991, p. 38.

9 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991.

10 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991.

nômicas ou o consentimento baseado em valores. Em ambientes autoritários, são comuns as primeiras; nas relações comerciais, as vantagens econômicas; na orientação ativa em ambientes democráticos, prevalece o consentimento baseado em valores. Há três formas principais de controle social: coerção, incentivos econômicos e valores normativos, às quais correspondem respectivamente as formas de participação alienativa, calculista e moral.<sup>11</sup> A mensagem de que “as organizações que apelam aos valores de seus membros são superiores às que se apoiam em incentivos e muito melhores que as que empregam a força” era o sub-texto presente já nas primeiras obras de Etzioni<sup>12</sup>, uma mensagem pouco notada, segundo o autor.

Nas políticas, há situações em que o consenso é facilitado quando uma alternativa se mostra mais apropriada do que outras tanto sob o ponto de vista da eficiência quanto do ponto de vista dos valores, e, nesse caso, não há dúvidas sobre a decisão a ser tomada. Em outras, há colisão entre as considerações morais e as de eficiência. Gera-se, então, um impasse, uma situação em que a inação temporária é mais apropriado. Nesse caso, a primeira obrigação do analista de políticas é “informar ao cliente e/ou comunidade sobre o conflito e instigar uma terceira opção ou resoluções limitadas para circunscrever o problema”.<sup>13</sup>

A importância da busca de “terceiras opções” é realçada por Etzioni, que avalia como altamente negativa a polarização gerada pelo modelo de *advocacy*, com o embate entre duas opções antagônicas. Esse modelo, repercutido e ampliado pela mídia, leva à tomada de decisões em meio a um clima de alta radicalização entre posições opostas. Do ponto de vista comunitarista, em lugar da polarização é preciso reinstaurar um processo deliberativo com foco no fundamento comum entre as partes, que leve a compromissos comuns e permita vislumbrar soluções de “terceira via”.<sup>14</sup>

## 2.4. Informação e conhecimento sintético

Poder, informação e conhecimento são recursos fundamentais da sociedade ativa e da orientação ativa. Historicamente, todas as burocracias estatais mantêm setores encarregados da coleta e processamento de informações. Os países desenvolvidos gastam cifras expressivas em coleta (incluindo a espionagem), monitoramento e processamento de informações. A quantidade de dados coletados não é o mais importante: a possibilidade de exercer a orientação ativa depende fortemente do processamento das informações, a fim de gerar conhecimento estratégico. O processamento e a interpretação dos dados coletados são aspectos complexos, que envolvem disputas de poder e tensões entre diferentes unidades burocráticas. Um dos focos de tensão é coleta de dados versus interpretação, outro é especialização versus abrangência. A orientação ativa necessita tanto de conhecimento especializado quanto de conhecimento compreensivo.<sup>15</sup> O uso inteligente das informações e do conhecimento é um diferencial que permite a organizações com menos recursos ter mais êxito do que outras que têm maior abundância de recursos, mas não os utilizam criativamente.

O conhecimento é um “fator social”, um atributo das coletividades sociais e não dos indivíduos. Mesmo o conhecimento individual só é compreensível como produto social.<sup>16</sup> O conhecimento é um elo importante entre o poder e o consenso: ele não deve ser considerado apenas sob o ponto de vista das diferenças cognitivas entre diferentes coletividades, mas como fator que permite pensar em novos objetivos comuns, reconhecidos pelas diversas partes, assentando o consenso em novos patamares.

11 ETZIONI, Amitai. *Análise comparativa de organizações complexas: sobre o poder, o engajamento e seus correlatos*. Rio de Janeiro: Zahar, São Paulo: Edusp, 1974.

12 ETZIONI, Amitai. *El guardián de mi hermano: autobiografía y mensaje*. Madrid: Astor Juvenil Palabra, 2006a, p. 82-83.

13 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991, p. 466.

14 ETZIONI, Amitai. *The new normal: finding a balance between individual rights and the common good*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2015, p. 3ss.

15 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991, p. 32.

16 ETZIONI, Amitai. *La dimensión moral: hacia una nueva economía*. Madrid: Palabra, 2007.

O modelo analítico das ciências naturais inspira as versões racionalistas do processo decisório em políticas públicas. O racionalismo se expressa na ideia de engenharia social, que supõe uma forte capacidade de transformação da realidade social impulsionada por ações governamentais. Essas políticas vêm fracassando, por desconhecer os limites da intervenção social em sociedades complexas, nas quais mudanças sociais são em grande parte não planejadas ou controladas.<sup>17</sup>

O modelo analítico (presente na teoria da escolha racional, na teoria dos jogos e outros) não é adequado para orientar a intervenção social e as políticas públicas. Esse modelo, procede por abstração e fragmentação dos fenômenos estudados, estudando um limitado número de variáveis a cada vez, reunindo, posteriormente, as informações e os achados numa determinada disciplina. No estudo das políticas, não existem as condições para esse tipo de análise. A natureza dos fenômenos – afetados simultaneamente por vários fatores, mutáveis e interligados – não permite que sejam fragmentados e analisados separadamente. O conhecimento requerido para a orientação social nas políticas públicas é de outra ordem: um conhecimento sintético e eclético, que combine relevantes achados de estudos analíticos (de economia, psicologia experimental, administração pública, sociologia quantitativa, ciência política) com conhecimentos empírico-práticos próprios de cada área do conhecimento<sup>18</sup>.

Mesmo assim, o conhecimento nunca cobre todos os aspectos, sempre há lacunas. O enfoque realista reconhece que é necessária a utilização de princípios para cobrir tais lacunas. Há princípios mais simples (como o do ajuste permanente da política e a manutenção de reserva de fundos) e princípios mais complexos, baseados em premissas contra-intuitivas e em modelos matemáticos.<sup>19</sup>

## 2.5. Decisões baseadas em sondagem mista

A orientação ativa, sob a perspectiva realista do pensamento comunitarista, requer um processo de decisão distinto dos usuais moldes racionalistas e incrementalistas. Vivemos tempos de rápidas transformações e de fluxo informacional incessante, que inviabilizam completamente a intenção racionalista de decidir somente após o processamento de todas as informações relevantes, mas seu oposto (abrir mão da intenção de traçar planos estratégicos apoiados em informação relevante) representa uma capitulação à inércia social. O que é possível e realista nos dias atuais é a retomada das linhas clássicas de decisão utilizadas. por exemplo, na medicina, um processo de decisão “humilde” (*humble decision making*), assentado tanto em conhecimento abrangente como especializado, em conhecimento básico e aplicado, denominado por Etzioni<sup>20</sup> de teoria da *sondagem mista* (*mixed scanning*).

A sondagem mista combina a observação ampla com o detalhamento. Em resumidas contas, a tomada de decisão por sondagem mista consiste no seguinte: a) inicia com uma sondagem ampla do problema e das alternativas de solução, definindo os aspectos a serem examinados em detalhe; b) não observa, minuciosamente, todas as formações possíveis, porque é uma tarefa proibitiva, recusando opções que tenham alguma objeção impeditiva (ex: meios não disponíveis, propostas que violem valores básicos dos tomadores de decisão, propostas que ofendem valores de agentes importantes); c) examina detalhada e repetidamente as alternativas que resistiram ao exame da objeção impeditiva, até que reste, apenas, uma proposta, ou escolhe aleatoriamente uma entre as que restam (solicitando ao *staff* responsável que no futuro colete informações que permitam diferenciar entre si essas alternativas); d) implementar a proposta escolhida, fazendo revisões

17 ETZIONI, Amitai. *La dimensión moral: hacia una nueva economía*. Madrid: Palabra, 2007, cap. 7.

18 Segundo Etzioni, o modelo médico (que combina conhecimentos analíticos de diversas disciplinas, com o conhecimento derivado da experiência e de estudos de caso) evidencia os limites do modelo analítico e o realismo do modelo afirmado pela socioeconomia.

19 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991.

20 ETZIONI, Amitai. Humble Decision Making. *Harvard Business Review on Decision Making*, Harvard Business School Press: Boston, MA, p. 45-57, 2001.

abrangentes e semiabrangentes com o intuito de evitar dificuldades e fazer correções; e) reservar fatias dos recursos disponíveis para rotinas normais e para revisões, com um gatilho de tempo que desperte a intervalos determinados precipitando revisões abrangentes, antecipando-se a alguma crise.<sup>21</sup>

A sondagem mista, ao afastar-se das pretensões inviáveis do racionalismo e da resignação aos fatos própria ao incrementalismo, leva em conta a natureza racional-emotiva dos seres humanos e conduz a estratégias adaptativas, de cooperação e construção de coalizões, refletindo diferentes perspectivas, personalidades, responsabilidades e poderes. São condizentes com essa abordagem técnicas adaptativas como: tentativas e revisões frequentes, certa procrastinação (demora em agir, buscando melhores opções), sub-decisões na implementação da estratégia para aferir resultados parciais, evitar apostar tudo numa só alternativa, manter reservas estratégicas e adotar decisões reversíveis.<sup>22</sup>

## 2.6. Fatores normativo-afetivos

A concepção antropológica comunitarista (além do tema das necessidades básicas, acima exposto) tem, no seu cerne, a ideia de que a natureza humana tem dois esteios (racionalidade e emotividade) e que são impulsionados por dupla motivação (autointeresse e valores de cooperação). Comunitaristas rejeitam a visão do ser humano como naturalmente mau ou bom. Seres humanos (i) são racionais e emotivos, (ii) são fortemente influenciados pelos outros (contexto sociopolítico) e (iii) têm uma tendência natural tanto à maximização do autointeresse quanto à cooperação<sup>23</sup>. Na economia, na política, na vida em sociedade em geral o comportamento humano é compreensível se se considera não uma motivação e sim duas motivações: a maximização do autointeresse e os valores morais (que indicam “fazer o que é correto”). Essa característica é própria das pessoas comuns, dos especialistas e dos governantes. Por isso, mesmo que a ciência seja um guia importante, é insuficiente para a ação humana. No dia a dia, na resolução de dificuldades nos negócios e na política os seres humanos enfrentam o mundo complexo e mutante de um modo distinto da simples aplicação de um conjunto de variáveis especializadas, próprio do conhecimento científico. Grande parte das decisões individuais é influenciada pelas coletividades sociais e a racionalidade coletiva tem maior impacto na tomada de decisões que as características individuais. A análise socioeconômica da deliberação<sup>24</sup> e decisão, portanto, não deve começar pelos indivíduos e sim pelas coletividades sociais às quais esses indivíduos pertencem.<sup>25</sup>

Toda decisão política envolve *fatores normativo-afetivos*. Não há decisões, apenas, racionais: toda decisão envolve uma co-determinação entre fatores normativo-afetivos e fatores racionais. Por isso, a análise política precisa considerar a dimensão valorativa/moral inerente às políticas públicas. Isso não significa negar a relevância do cálculo racional em busca da eficiência e sim a indispensável compatibilização entre cálculo racional e valores.

Havendo consenso em torno de valores e preferências o processo de decisão, é, relativamente, tranquilo e a implementação guarda coerência com a formulação. Mas, face às constantes situações de conflitos, como o analista de políticas deve proceder? Nesses casos, cabe ao analista contribuir para evidenciar os valores

21 ETZIONI, Amitai. Reexame da estratégia mista de decisão. In: HEIDEMANN, F.G.; SALM, J.F. (org.) *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Edunb, 2009, p. 233-237.

22 ETZIONI, Amitai. Humble Decision Making. *Harvard Business Review on Decision Making*, Harvard Business School Press: Boston, MA, p. 45-57, 2001, p. 54-57.

23 A premissa comunitarista de que o comportamento humanos é explicável com base em dois polos – autointeresse e cooperação - está sempre mais respaldada nos atuais estudos da biologia, da neurociência e da psicologia experimental.

24 Etzioni alerta que a literatura sobre a “deliberação” – no sentido de um processo em que pessoas razoáveis intercambiam pontos de vista e negociam um novo curso de ação – está fortemente influenciada pela maneira individualista de pensar e desconsidera o importante papel das emoções e sentimentos no processo decisório. Na acepção comunitarista, a deliberação é um processo coletivo que envolve razão, emoção e sentimentos. ETZIONI, Amitai. *La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática*. Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.

25 ETZIONI, Amitai. *La dimensión moral: hacia una nueva economía*. Madrid: Palabra, 2007, parte 2.

subjacentes à tomada de decisão e na definição de critérios. Evidenciar os valores subjacentes contribui para a transparência na deliberação pública. A definição de critérios deve ser feita de modo a deixar claros os princípios, diretrizes gerais e os elementos específicos de cada política. O comunitarismo rejeita critérios únicos, como a eficiência, assinalando ser preferível utilizar critérios múltiplos, mas em número limitado.<sup>26</sup>

## 2.7. A voz moral das comunidades

As comunidades são fundamentais na vida humana porque preenchem a profunda necessidade de laços interpessoais significativos, mas igualmente porque proporcionam uma cultura moral compartilhada que pode contribuir para a ordem social. A cultura moral proporciona aos membros a noção do que é correto e incorreto, e incide sobre em todos os planos da vida, inclusive a política. Levar em conta a voz moral das comunidades é indispensável para a legitimidade das políticas.

A voz moral é “uma forma peculiar de motivação: alenta as pessoas a aderirem aos valores que subscrevem”.<sup>27</sup> A voz moral interna insta a pessoa a orientar-se pelos valores aos quais adere e abster-se de condutas que os contrariem. A voz moral da comunidade estimula seus membros a terem uma conduta coerente com os valores da comunidade. A influência da voz moral sobre a conduta das pessoas tende a ser mais forte quando a voz interna é reforçada pela voz comunitária, e a voz comunitária é mais eficaz quando apela a valores já estabelecidos.

Quanto mais eficaz é a voz moral, menos necessária é a coerção. Muitos dos agudos problemas sociais atuais, incluindo o crescimento da violência e da criminalidade, estão relacionados à perda da força moral das comunidades, levando amplos segmentos da sociedade a pedir aos governos mais repressão e coerção, sem êxito. A estratégia para o enfrentamento dos grandes problemas sociais requer um esforço para que as comunidades retomem seu papel moral em favor da coesão e da ordem social.<sup>28</sup>

A voz moral da comunidade particular não pode ser tomada como a última instância ética. As tradições de certas comunidades contêm valores incompatíveis com a democracia e os direitos humanos. Por isso, a voz moral das comunidades particulares deve ser cotejada à luz do diálogo moral com outras comunidades, em busca de uma concepção moral universalista, bem como considerar os ditames da Constituição e das cartas dos direitos humanos.

## 2.8. Cultura política

A ação coletiva só é eficaz quando considera devidamente os fatores contextuais e culturais, ou seja, quando age dentro da história. A ação coletiva pode acelerar, retardar ou, em certos casos, produzir desvios na história, mas trata-se de uma capacidade limitada. O que potencializa a eficácia da ação coletiva é sua adequação às necessidades básicas do ser humano, fortalecendo a condição dos seres humanos como sujeitos da história.<sup>29</sup>

26 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991, p. 463-466.

27 ETZIONI, Amitai. *La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática*. Barcelona, Paidós Ibérica, 1999, p. 150.

28 As vozes das comunidades particulares não são os árbitros definitivos em questões morais. São indispensáveis freios e contrapesos sociais: “a nenhuma comunidade lhe é permitido violar o direito de reunião, de livre expressão, de nenhuma pessoa, seja membro da comunidade, visitante ou um mero transeunte” (ETZIONI, Amitai. *La tercera vía: hacia una buena sociedad*. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001, p. 50). A Constituição estabelece limites para os valores particulares das comunidades e o Estado deve proteger todos os membros de todas as comunidades, acima de valores particulares.

29 ETZIONI, Amitai. *The active society revisited: a response*. In: McWILLIAMS, W. (ed.) *The active society revisited*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 344.

A cultura política<sup>30</sup> - conjunto de atitudes e orientações políticas que os indivíduos possuem acerca do sistema político e de seu papel no sistema – vigente num dado ambiente social circunscreve o horizonte da ação coletiva. Lembrando o que foi indicado anteriormente, a ideia de revolução socialista era inviável no quadro da antiga visão cósmica do universo fixo e imutável. A cultura política e a cultura moral circunscrevem o alcance das leis e das políticas públicas. Quando as leis e políticas contrariam diretamente os valores morais e a cultura política vigente não há legitimação social, e são comuns as leis que “não pegam”. São exemplos: as políticas proibitivas voltadas ao divórcio, aborto, consumo de álcool e de cigarro, que não raro produziram efeitos contrários aos esperados. Quanto menos aprovação social, mais necessária é a coerção. Quanto mais aprovação social, menos coerção.

Respeitar os condicionamentos históricos não tem a ver com submissão à inércia social. A orientação ativa de caráter transformador equaciona o respeito aos valores e às atitudes dos cidadãos, mas ao mesmo tempo propõe novas formas de pensar e de agir que permitem a construção de um novo consenso em um novo patamar. A política não é a apenas a “arte do possível”, mas a “arte de fazer possível o que parece impossível”.

## 2.9. Mobilização social e cidadãos ativos

Comunidades, organizações e instituições, geralmente, estão focadas nos seus objetivos próprios, com baixo nível de ativos (assets) voltados à ação coletiva, o que constitui um limite para a mobilização social em torno de causas coletivas. A mobilização social resulta de um processo de ativação social, que ocorre em contextos específicos nos quais grande parte das unidades sociais voltam-se para causas coletivas, como em processos revolucionários ou de independência nacional. Nesses momentos, o poder dos movimentos sociais se apoia no intenso asceticismo e compromisso dos seus membros.<sup>31</sup>

Mudanças profundas dependem de ativação social e mobilização social intensa, que não são eventos corriqueiros. Nos processos de mobilização, o *cidadão ativo* (sujeito voltado à ação coletiva, imbuído de conhecimento e de disposição para a participação) desempenha papel insubstituível. Os cidadãos ativos são elos entre as unidades sociais (organizações, instituições) e a esfera pública, e são responsáveis pela importante tarefa de levar as unidades sociais a dedicar parte de sua energia à ação coletiva, impulsionando a mobilização social. Eles representam a voz moral das comunidades na esfera pública, mas também podem desafiar aspectos culturais particularistas das comunidades em nome de novas formas de pensamento, os quais podem assentar a base de novos consensos.<sup>32</sup>

Em síntese, retomando a questão central proposta por Etzioni, *a sociedade é mais maleável e os fatores orientadores são mais poderosos* quando: (i) o poder é responsivo, (ii) se expressa fundamentalmente como persuasão e (iii) assenta-se em consenso baseado em valores; (iv) as decisões políticas se sustentam em informação confiável e conhecimento sintético, (v) utilizam sondagem mista, (vi) levam a sério os fatores normativos-afetivos, (vii) estão sintonizadas com a voz moral das comunidades e (viii) respeitam os limites e potencialidades do contexto histórico; e (ix) quando as comunidades, organizações e instituições envolvem-se fortemente na ação coletiva social, sob impulso de cidadãos ativos.

30 Os estudos de *cultura política* e *socialização política* tiveram forte expansão nos Estados Unidos a partir da obra *The Civic Culture*, de Almond e Verba, publicada em 1963. Uma de suas premissas reafirmadas nos estudos é que no âmbito político “a cultura importa” (culture matters). A estabilidade de um sistema político assenta-se na sintonia entre a cultura e as instituições, mas a estabilidade não é fixa, pois as atitudes políticas se transformam ao longo do tempo. Transformações profundas são próprias de momentos de instabilidade, quando a cultura política não corresponde mais às instituições e aos processos políticos. SCHMIDT, João P. *Juventude e política: a socialização política dos jovens brasileiros na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

31 ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991, p. 36.

32 ETZIONI, Amitai. *La sociedad activa: una teoría de los procesos sociales y políticos*. Madrid: Aguilar, 1980.

### 3. POLÍTICAS PARA QUE? DIRETRIZES DE ORIENTAÇÃO ATIVA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Atendidas as condições acima, a Teoria da Orientação Social estabelece que é possível que a vontade política produza (ao menos parcialmente) as transformações intencionadas e que o planejamento governamental alcance os objetivos.

Cabe, então, a pergunta: ação coletiva e políticas públicas para que? Quais são os objetivos e qual o horizonte descortinado pelo realismo comunitarista num mundo cambiante, aparentemente inacessível às boas intenções das lideranças e dos gestores?

Dentre o conjunto diversificado de autores, como Amitai Etzioni, Robert Bellah, Michael Sandel, Michael Walzer, Benjamin Barber, Philip Selznick, Jonathan Boswell e Henry Tam, sobressaem-se as diretrizes abaixo elencadas, próprias de um ideário inovador que recoloca a comunidade no núcleo do debate político.

#### 3.1. Boa sociedade

*Boa sociedade* é um conceito relevante em vários autores comunitaristas. Seguindo a tradição aristotélica, endossam o pressuposto de que a ação política deve expressar valores éticos associados ao bem comum. Etzioni distingue três tipos ideais: sociedade civil, boa sociedade e Estado prescritivo.<sup>33</sup> *Sociedade civil* é uma noção que remete a sociedades que têm um rico tecido de associações voluntárias e outros corpos intermediários situados entre o indivíduo e o Estado, e cujos cidadãos têm os meios necessários para manter uma tal sociedade. Estados Unidos e Grã-Bretanha são casos exemplares desse conceito, que não inclui a dimensão dos valores e está associado com o discurso individualista dos direitos humanos. *Boa sociedade* remete a sociedades que se apoiam, principalmente, sobre a infraestrutura moral e a controles sociais informais para fortalecer um núcleo limitado de valores morais substantivos. Os primeiros kibutz são exemplos dessa noção, que ressalta o papel dos valores na vida social. *Estado prescritivo* remete a sociedades com frequente recurso à coerção, que reforçam valores morais expressos em uma extensa lista de valores, como acontece em regimes teocráticos (Iran, Afeganistão), na URSS, no regime nazista e certas comunidades norte-americanas de meados do século XX.

Robert Bellah et al.<sup>34</sup> afirmam que boa sociedade é um conceito aberto à deliberação comum de cada sociedade, cujos critérios clássicos são paz, prosperidade, liberdade, justiça e democracia. Etzioni<sup>35</sup> a define como a sociedade em que as pessoas se tratam mutuamente como fins, como totalidades pessoais e não como fragmentos e como membros de uma comunidade, unidos por laços de afeto e compromisso mútuo.

A boa sociedade envolve a ideia de *boa vida*, uma vida compatível com a satisfação das necessidades básicas de todos. Não é uma utopia futura. É um parâmetro para as sociedades atuais. Em cada momento histórico, a construção da boa sociedade compreende desafios e tarefas, que, nesse momento histórico, exige respostas para fenômenos como o deficit cívico dos cidadãos, a exacerbação consumista, a devastação ambiental, as desigualdades e injustiças sociais, o terrorismo e as guerras. A boa sociedade é um referencial moral para a sociedade civil: não basta uma vida associativa forte e um grande número de organizações sociais, é preciso que as organizações expressem valores cívicos e morais compatíveis com a boa vida.

#### 3.2. Bem comum e direitos individuais

*Bem comum*, ou interesse público, ou bem público, designa os bens que servem a todos e às instituições que os asseguram. As concepções individualistas sugerem que essa noção, com longa trajetória na tradição

33 ETZIONI, Amitai. Law in civil society, good society, and the prescriptive state. *Chicago-Kent Law Review*, v. 75, n. 2, p. 355-378, 2000.

34 BELLAH, Robert et al. *Habits of the heart: individualism and commitment in American life*. 3ª ed. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1996, p. 9.

35 ETZIONI, Amitai. *La tercera vía: hacia una buena sociedad*. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001, p. 15.

filosófica grega, romana e cristã, não tem substância, que não passa de um agregado de interesses individuais. Com isso, perde-se a referência para o que em cada sociedade concreta é considerada “a coisa certa a fazer, por si só, por si mesma”. Reafirmar o conceito de bem comum é indispensável, para os comunitaristas, pois carrega critérios para dirimir conflitos, razões para que se faça sacrifícios em prol de outros ou do bem futuro, e representa um guia do esforço coletivo.

Às perguntas “o que é o bem comum?” e “quem decide sobre o que é o bem comum?”, Selznick<sup>36</sup> responde: “nós todos decidimos, não abandonando nossos interesses e perspectivas específicos, mas transcendendo-os quando necessário e descobrindo maneiras de vinculá-los a interesses e ideais mais abrangentes”. O bem comum não é uma substância, diz respeito a uma virtude do procedimento. Não envolve um exercício de imaginação abstrata ou de raciocínio dedutivo: é um processo de aprendizagem social, através de instituições deliberativas. Enquanto os liberais fixam sua atenção nas diferenças de opinião e nos riscos do consenso, os comunitários enfatizam a importância do consenso e da inteligência coletiva para encontrar respostas criativas aos problemas, melhorando a vida das pessoas e das comunidades. A confiança na inteligência coletiva (pensar juntos) está no núcleo do bem comum: “o bem comum deve ser entendido como uma interminável questão, uma resposta coletiva aos problemas definidos por novas circunstâncias e novas ideias”.<sup>37</sup>

A busca da boa sociedade e do bem comum não pode ser orientada pela “antiga regra de ouro”, que estabelecia a superioridade do bem comum e da ordem social sobre os direitos individuais, e sim com base na “nova regra de ouro”: “respeita e defende a ordem moral da sociedade da mesma maneira que queres que a sociedade respeite e defenda tua autonomia”.<sup>38</sup> A nova regra de ouro demarca uma diferença entre o comunitarismo e as visões coletivistas: a comunidade e o indivíduo são igualmente importantes, são dois polos que tem o mesmo valor e que se exigem mutuamente.

Esse equilíbrio traz importantes consequências para o tema da privacidade e da restrição de certos direitos em nome do bem público, tema particularmente polêmico quando se aborda o terrorismo. Os comunitaristas se opõem ao discurso unilateral dos direitos sem responsabilidades, emprestam apoio a restrições legais em nome da segurança pública, mas são defensores pertinazes das garantias individuais, ameaçadas tanto pelos excessos do Estado quanto pelos excessos do mercado.

### 3.3. Democracia forte

A democracia só é capaz de responder às demandas sociais quando dotada de robustos meios de participação dos cidadãos nas decisões públicas. O instituto da representação é indispensável às democracias de massa, mas o voto é, apenas, um elemento da democracia. Comunitários não endossam a ideia da democracia majoritária, reivindicam uma *democracia forte*, participativa, um autêntico autogoverno de cidadãos, na formulação de Barber<sup>39</sup>, capaz de sintetizar os impulsos participativos da esfera local (localismo) com as grandes questões globais. Ao reconhecer que o conflito é inerente à vida em sociedade, a democracia forte transforma, politicamente, os conflitos, “torna o dissenso uma ocasião para o mutualismo e o interesse privado um instrumento epistemológico para a reflexão pública”.<sup>40</sup>

A cidadania, a participação social e a deliberação não podem ser pensadas com base na relação entre o Estado e o cidadão individual. Cidadãos pertencem a coletividades, a comunidades. Por isso, a democracia

36 SELZNICK, Philip. *The moral commonwealth*. Berkeley: University of California Press, 1992, p. 27

37 SELZNICK, Philip. *The moral commonwealth*. Berkeley: University of California Press, 1992, p. 135.

38 ETZIONI, Amitai. *La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática*. Barcelona, Paidós Ibérica, 1999, p. 18.

39 BARBER, Benjamin. *Strong democracy: participatory politics for a new age*. 2ª ed. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2003.

40 BARBER, Benjamin. *Strong democracy: participatory politics for a new age*. 2ª ed. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2003, p. 151.

requer que o Estado esteja atento às comunidades e às organizações sociais, aos seus valores, suas tradições e seu capital social. Nas sociedades complexas é inviável que o Estado seja responsivo a cada indivíduo isoladamente considerado, mas pode ser responsivo às coletividades sociais, dialogando com elas, apoiando-as na resolução das questões que estão ao seu alcance (princípio da subsidiariedade), desconcentrando as decisões, mas sem abrir mão da articulação entre as unidades centrais e as demais unidades (princípio do federalismo), buscando soluções conjuntas mediante o uso da inteligência coletiva.<sup>41</sup>

### 3.4. Justiça social: liberdade e igualdade

Liberdade e igualdade foram tratadas ao longo do século XX, especialmente no período da Guerra Fria, como princípios norteadores do capitalismo e do socialismo, respectivamente. Esse simplismo deve ser superado. Ambos estão compreendidos na ideia de justiça social<sup>42</sup>. São princípios de mesma importância e grandeza, juntamente à fraternidade (da qual se fala adiante), compatíveis e complementares entre si.

A liberdade envolve o reconhecimento dos direitos humanos como autoevidentes, como valores universais, a serem respeitados em todas as culturas, sem necessidade de outras fontes de justificativas.<sup>43</sup> As conquistas do liberalismo nesse terreno são indiscutíveis, assim como as limitações ínsitas aos modelos políticos e econômicos historicamente engendrados sob o qualificativo liberal. Amartya Sen, cuja perspectiva de liberdade e justiça se aproxima da concepção comunitarista, supera a perspectiva individualista comum aos enfoques liberais, evidenciando que a liberdade guarda estreita relação com as oportunidades concretas e a fruição de direitos facultadas aos cidadãos, devendo o desenvolvimento de um país ser mensurado pelo alargamento de liberdades reais proporcionadas à população.<sup>44</sup>

A igualdade foi o *leitmotiv* das lutas operárias, sindicais e dos regimes socialistas ao longo dos últimos séculos. O descrédito do modelo socialista estatizado no século passado não reduz em nada a importância das lutas por mais igualdade social, e o movimento comunitarista reafirma a importância de limitar a desigualdade com medidas como o estabelecimento de um “mínimo básico”, forte investimento em políticas sociais, programas educacionais que proporcionem uma medida de igualdade de resultados, programas de novos empregos para desempregados, incentivos fiscais a famílias trabalhadoras, salário-mínimo suficiente para as necessidades básicas das famílias, impostos progressivos, aumento dos impostos sobre heranças e efetividade dos impostos sobre patrimônio. Essas medidas devem estar acompanhadas de um grande esforço em prol de valores de uma vida em comunidade com igualdade.<sup>45</sup> Nesse sentido, o comunitarismo reforça a centralidade de políticas voltadas a assegurar um mínimo existencial para todos<sup>46</sup>, compreendendo políticas de transferência de renda e de renda mínima<sup>47</sup>, de erradicação da extrema pobreza, de desenvolvimento sustentável em países caracterizados por agudo quadro de desigualdade social, como o Brasil.

41 SELZNICK, Philip. *The communitarian persuasion*. Washington DC: Woodrow Wilson Center Press, 2002.

42 Sobre a teoria da justiça no comunitarismo, duas observações rápidas. 1. Os comunitaristas opõem-se à tese liberal da prioridade da justiça em relação ao bem e ao vínculo entre justiça e liberdade individual, retomando a associação aristotélica entre justiça e virtude na perspectiva do bem comum. 2. As teorias comunitaristas, por seu viés não-estatizante das políticas públicas, proporcionam suporte conceitual às concepções comunitárias de resolução de conflitos, como justiça restaurativa, mediação comunitária e outras formas históricas. Sobre o primeiro aspecto ver: SANDEL, Michael. *Justiça - o que é fazer a coisa certa?* 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. A respeito do segundo, ver: THEMUDO, Thiago S. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 1, p. 303-317, 2015.

43 ETZIONI, Amitai. *Hot spots: American foreign policy in a post-human rights world*. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2015.

44 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

45 ETZIONI, Amitai. *La tercera vía: hacia una buena sociedad*. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001, cap. 5.

46 A pertinência da ação do poder judiciário para assegurar o mínimo existencial face aos limites impostos pela reserva do possível é objeto de debate intenso no Brasil. Ver a respeito: ANDRADE, Diogo C. Políticas públicas, mínimo existencial e poder judiciário: a questão do direito à moradia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 1, p. 151-166, 2016.

47 SOUZA, Pedro B. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 1, p. 167-184, 2016.

Michael Walzer<sup>48</sup> desenvolve uma das reflexões mais interessantes sobre o tema. Para ele, a igualdade simples é um ideal inadequado para os seres humanos: “sabemos que o dinheiro igualmente distribuído ao meio dia de domingo terá sido desigualmente redistribuído antes do fim da semana”. A igualdade simples é inaplicável em regimes democráticos; exige um tipo de Estado centralizado e ativista, um Estado que exerce controle contínuo e invasivo sobre a vida social. A distribuição de bens ao longo do tempo seguiu critérios distintos, como mérito, hereditariedade, amizade, necessidade, livre intercâmbio, lealdade política, decisão democrática, os quais coexistem de forma tensa, invocadas por grupos concorrentes. Não é possível encontrar um único princípio distributivo: os princípios da justiça são pluralistas na forma, os significados sociais dos bens mudam com o tempo, o que leva à mudança do sentido das distribuições justas e injustas. A igualdade compatível com o ideal do pluralismo é a igualdade complexa: os diferentes bens devem ser distribuídos por agentes diferentes e mediante procedimentos diferentes.

A igualdade complexa requer o respeito às fronteiras das diferentes esferas: dinheiro não deve se converter em força política, talento esportivo não deve se converter em prestígio educacional, força física em mérito científico, e assim por diante. Cada esfera de bens requer um regime interno próprio e ser autônomo em relação a outras esferas. Nessa sociedade haverá muitas desigualdades pequenas, mas a desigualdade não será multiplicada pelo processo de conversão. A defesa das fronteiras e da autonomia das diferentes esferas é um desafio permanente. Para a democracia, é fundamental a experiência de “governar” em uma esfera e “ser governado” em outra, ou seja, ter maior acesso aos bens de uma esfera e menos de outra.

### 3.5. Equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado

A boa sociedade requer o equilíbrio de três sócios – o Estado, a comunidade e o mercado -, um tripé em que cada parte deve cuidar que “as demais não ultrapassem suas funções, para assegurar que ninguém usurpe a tarefa que outro pode realizar melhor”.<sup>49</sup> Não se trata de uma fórmula matemática que se aplique do mesmo modo a todos os países. Nas sociedades asiáticas, é, proeminente, a força dos valores coletivos e da coesão social, em detrimento dos valores individuais; nelas, o equilíbrio do tripé requer o reforço da autonomia individual. Nos países do socialismo estatizante a onipresença do Estado invadiu a seara da sociedade civil e do mercado: neles, impunha-se maior autonomia dessas esferas. Nas sociedades ocidentais atuais, o aparato estatal e os mecanismos de mercado são extremamente avantajados: aqui é preciso reforçar as comunidades e suas organizações.<sup>50</sup>

Quais são as atribuições de cada sócio do tripé, à luz de suas forças e fraquezas? Em resumidas contas, entre as principais atribuições do Estado estão: regular o mercado, cuidar da defesa, da segurança, da saúde e da proteção ambiental. O mercado é o melhor motor para a produção de bens e serviços, de geração de oportunidades de trabalho, de emprego e de progresso econômico. A comunidade é o espaço de criação e recriação de valores morais, de impulso das mudanças sociais e a melhor alternativa para a prestação de diversos serviços públicos em mãos do Estado.

O Estado, além do papel regulador na economia, tem a função de articulação e coordenação das políticas públicas. O Estado democrático tem a incumbência de evitar a supremacia dos interesses particulares sobre o interesse público, buscando articular os interesses específicos em prol do bem comum e tolhendo os interesses que lhe são incompatíveis. Quanto à execução dos serviços públicos, respeitados os recursos dos diferentes agentes e as especificidades de cada área, sejam os mesmos prestados em cooperação entre entes estatais, do terceiro setor e do setor privado. A cooperação reforça a pluralidade socioeconômica e política e ao mesmo tempo consolida a ideia de que há um chão comum, um bem comum construído pelas diferentes esferas.

48 WALZER, Michael. *Esferas da justiça*. uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

49 ETZIONI, Amitai. *La tercera vía*: hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001, p. 75.

50 ETZIONI, Amitai. *La tercera vía*: hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001.

### 3.6. Cooperação pública

A cooperação pública, segundo Jonathan Boswell,<sup>51</sup> designa a ação articulada e convergente de entes sociais, privados e estatais em vista de fins públicos, ou seja, “processos nos quais empresa, sindicato e outras organizações setoriais colaboram livremente entre si e com outros grupos ou governo em favor de interesses públicos”. Trata-se de uma “comunidade econômica imperfeita”, que tem enorme importância num mundo dominado por visões extremadas de dirigismo estatal e de competição.

O exame histórico, diz Boswell, revela que a cooperação pública está na dependência de três fatores: (i) estruturas e instituições apropriadas, (ii) crenças comunitárias e (iii) situações catalíticas, percebidas como emergenciais, próprias de momentos em que as forças sociais e econômicas tendem a convergir em prol do interesse comum, comuns em tempos de guerras e situações de catástrofes. Em geral, a cooperação pública contínua se dá na presença dos seguintes elementos: a) alguns rudimentos de estruturas favoráveis à cooperação; b) um movimento político que encarne os ideais comunitários de cooperação; c) um evento catalítico (guerra ou ameaça); d) uma fase de aglutinação impulsionada pelo movimento político; e) construção comunitária e aperfeiçoamento das estruturas.<sup>52</sup>

A cooperação pública é uma noção complementar à do equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado. Nas atuais sociedades complexas, a união de esforços de diferentes agentes estatais, comunitários e privados é a única forma de enfrentar grandes problemas, como a pobreza, as desigualdades sociais e as questões ambientais. Ao tornar-se pública, a cooperação torna-se transparente, permitindo o acompanhamento crítico e a contribuição dos cidadãos.

### 3.7. As funções públicas do terceiro setor e das redes sociais

A compreensão da relevância da ação comunitária na esfera pública é prejudicada por bloqueios culturais como a dicotomia público/privado. Essa dicotomia sugere que o mundo social e político é explicável com base em dois polos opostos: o público e o privado, associando o primeiro ao Estado e o segundo ao mercado. Nesse cenário preto-e-branco, as organizações da sociedade civil, por não serem estatais, são caracterizadas como privadas, o que atenta contra a história e tem severas consequências para a análise política. O comunitarismo, ao substituir a díade público/privado pela tríade Estado/comunidade/mercado, fundamenta a criação de uma nova gramática, uma gramática que permite uma análise mais consistente das políticas públicas e proporciona as bases para que o terceiro setor seja reconhecido como um setor específico.<sup>53</sup>

O *terceiro setor* pode ser definido como o conjunto das organizações da sociedade civil<sup>54</sup>. O termo foi utilizado, pioneiramente, por Etzioni, no início da década de 1970, e ainda está se consolidando do ponto de vista conceitual. É um conceito guarda-chuva (assim como setor não lucrativo, setor filantrópico, setor voluntário), que abriga organizações sociais com propósitos e formas estruturação bastante variados, mas que nominalmente é apropriado para distinguir um conjunto de entidades mantidas pela sociedade em relação àquelas organizações mantidas pelo Estado (setor público) ou próprias do mercado (setor privado).

51 BOSWELL, Jonathan. *Community and the economy: the theory of public co-operation*. London: Routledge, 1994, p. 13.

52 BOSWELL, Jonathan. *Community and the economy: the theory of public co-operation*. London: Routledge, 1994, p. 93-94.

53 O comunitarismo e a economia social europeia convergem no sentido de atribuir ao *terceiro setor* uma acepção ampla, incluindo o conjunto das organizações criadas e mantidas pela sociedade, distintas das organizações estatais e das mercantis. A literatura e legislação norte-americana utilizam o termo *setor não-lucrativo*, um conceito restritivo, que exclui cooperativas e entidades mutualistas em função de distribuírem (parte dos) resultados econômicos alcançados.

54 A literatura trata geralmente o terceiro setor como equivalente a associativismo e como um elemento da sociedade civil. Mas, comunitaristas como Etzioni e Bellah consideram que o termo sociedade civil está excessivamente envolto em categorias liberais, que os autores dão pouca atenção à dimensão dos valores das organizações e que em muitas formulações o conceito de sociedade civil exclui a família, fundamental para o tema dos valores. O termo *boa sociedade* seria mais adequado. Mesmo concordando com esse alerta, entende-se aqui que não há prejuízo em considerar o terceiro setor como um elemento da sociedade civil.

O princípio organizador do terceiro setor é a mutualidade, a milenar capacidade de agir conjuntamente para a resolução de problemas. As organizações atuais deitam raízes na longa tradição associativa da humanidade, muito anterior ao Estado moderno e ao mercado, segundo a clássica lição de Piotr Kropotkin.<sup>55</sup> Na história ocidental, muito antes de haver escolas, hospitais e formas de proteção social patrocinadas pelo Estado houve escolas, hospitais e instituições comunitárias. Mesmo após o advento dos regimes de *welfare state*, as ações comunitárias continuaram sendo indispensáveis à proteção social dos cidadãos e inúmeras organizações sociais continuam prestando serviços públicos, estando à frente de universidades, escolas, hospitais, museus, bancos comunitários, casas de cuidados de crianças e idosos, cooperativas e organizações de ajuda mútua. Em sociedades pluralistas, as organizações sociais continuam essenciais tanto para tornar a democracia forte quanto para a prestação de serviços públicos.

A ação comunitária possui, ainda, outra face fundamental do ponto de vista sociopolítico: a proteção social e a qualidade de vida não dependem apenas da ação política organizada na forma de políticas públicas, dependem fortemente de vínculos comunitários e redes sociais informais. “Os laços comunitários e as redes sociais têm poderosos efeitos sobre a saúde, felicidade, sucesso educacionais, sucesso econômico, segurança pública, e (especialmente) bem-estar infantil”, assegura Putnam.<sup>56</sup> Considerando riscos comuns a crianças e jovens, como consumo de drogas e consumo de álcool, a família e a comunidade constituem *air bags* que minimizam as consequências negativas, diz o Autor. Em caso de desemprego, as redes sociais são fundamentais para a sobrevivência e a reinserção no mercado de trabalho. A coesão social da vizinhança é um fator fundamental de proteção social, essencial para enfrentar problemas familiares e pessoais. E reside aí uma das faces da desigualdade social: variadas pesquisas nos Estados Unidos apontam que os cidadãos com maior nível econômico e escolaridade têm redes sociais mais amplas e profundas, seja nos círculos próximos da família e vizinhança, seja nos círculos mais amplos da sociedade. As crianças pobres estão vivendo em ambientes cada vez mais hostis e com menos coesão social, o que inclui a menor frequência a igrejas. Superar o fosso social requer tanto a melhora dos serviços públicos quanto o reforço dos vínculos comunitários e laços sociais.

### 3.8. Poder local e poder global

Particularidade e universalidade não se opõem, na visão comunitarista. São dimensões que se exigem mutuamente e se completam. Afirmar a importância do poder local não dispensa que se preste atenção às instâncias do poder central em cada país e que se reafirme o imperativo de construir instituições políticas que arbitrem as questões de todo o globo.<sup>57</sup>

O poder local é um território natural do pensamento comunitário. Ao afirmar a importância das pequenas comunidades e sua relação com a política, os comunitaristas buscam resgatar os vínculos dos cidadãos com as instituições que lhes são mais próximas. O princípio da subsidiariedade – deixar aos indivíduos, famílias e organizações a resolução de problemas que estão ao seu alcance, cabendo ao poder central intervir nas questões mais abrangentes e complexas – é invocado para apoiar modelos que abrem espaço à participação de cada cidadão e cidadã nas decisões locais e regionais, reivindicando dos agentes governamentais respeito e atenção às demandas das comunidades.<sup>58</sup>

O entendimento de que o olhar local pode ser o melhor âmbito para pensar soluções para os problemas mundiais, que os gestores locais são os melhores intérpretes das questões globais, é ilustrado na análise de Barber<sup>59</sup> de que os prefeitos têm as melhores capacidades de gerir o mundo. No atual sistema político, ar-

55 KROPOTKIN, Piotr. *Ajuda mútua: um fator de evolução*. São Sebastião: A Senhora Editora, 2009.

56 PUTNAM, Robert. *Our kids: the American dream in crisis*. New York: Simon & Schuster, 2015, p. 207.

57 SELZNICK, Philip. *The moral commonwealth*. Berkeley: University of California Press, 1992.

58 TAM, Henry. *Communitarianism: a new agenda for politics and citizenship*. Macmillan: Basingstoke, 1998.

59 BARBER, Benjamin. *If the mayors ruled the world: dysfunctional nations, rising cities*. New Haven & London: Yale University

gumenta o Autor, as instâncias centralizadas dos Estados nacionais são disfuncionais e não respondem aos desafios de um mundo marcado pela interdependência. As cidades, especialmente grandes metrópoles, são estruturas mais abertas e que dialogam melhor com os requerimentos de um mundo de crescente interconexão. As cidades vêm respondendo mais eficazmente que os Estados nacionais aos desafios da globalização em questões como a imigração e a diversidade cultural e religiosa, geralmente, de forma menos dogmáticas e mais prática. Localidade e globalidade, nessa perspectiva, não são terrenos opostos, são complementares.

A essência da Teoria Política Comunitarista não é a ênfase no poder local e sim a sua interconexão com o poder global. O localismo, ao estabelecer o foco nas questões locais, torna as comunidades reféns das grandes forças que regem a economia e a política internacional. Trata-se de, simultaneamente, pensar e agir localmente e pensar e agir globalmente. A ação global envolve o reforço das redes de cooperação entre organizações da sociedade civil, melhorar a eficácia das estruturas já existentes (como a ONU) e construir novas estruturas (como parlamentos mundiais).

### 3.9. Superação da sociedade de mercado

O comunitarismo não adota uma posição antimercado nos moldes marxistas. Não faz uma condenação do mercado enquanto forma econômica, ao contrário, reconhece sua relevância enquanto propulsor da atividade econômica. Mas aspectos importantes da crítica marxista ao capitalismo reaparecem na avaliação rigorosa acerca do atual mercado capitalista, particularmente, no que se refere ao avanço do dinheiro nas diferentes áreas da vida humana, ao consumismo exacerbado, à cultura individualista que subjaz à globalização econômica e à depredação ambiental.

Sandel<sup>60</sup> diz que, nas últimas décadas, os valores de mercado passaram a governar nossa vida em níveis inéditos: a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais, mas orienta a vida no seu todo. Com isso, “fomos resvalando da situação de ter uma economia de mercado para a de ser uma sociedade de mercado”. O dinheiro está comprando coisas que não deveria comprar. São exemplos preocupantes as escolas, hospitais, prisões e serviços de segurança que se orientam por critérios de lucro; a terceirização da guerra e da gravidez; a venda do direito de poluir; os sistemas de financiamento eleitoral; a utilização do próprio corpo para anúncios publicitários; o comércio de órgãos humanos, entre outros. Quando decidimos que certos bens podem ser comprados e vendidos, decidimos, implicitamente, que são tratados como mercadorias, mas muitos bens não devem ser tratados dessa maneira. Saúde, educação, vida familiar, natureza, artes, deveres cívicos, os seres humanos – nada disso deve ser objeto de compra e venda.

Na mesma linha, vai a avaliação de Barber.<sup>61</sup> O capitalismo tardio, movido pelo consumismo, caracteriza-se por corromper crianças, infantilizar adultos e engolir cidadãos. Sua dinâmica não está assentada na produção de mercadorias, e sim na produção de necessidades. O consumismo é sua característica central, consumismo que separou completamente a democracia e o capitalismo. Houve um tempo que o capitalismo produtivista atendia necessidades reais. Hoje, quando a capacidade de produção é nitidamente maior, grande parte dos seres humanos nos países não desenvolvidos são excluídos do consumo, enquanto nos países desenvolvidos são adotadas estratégias massivas para obter lucro atendendo “necessidades inventadas” daqueles cujas necessidades essenciais já foram satisfeitas.

O capitalismo de consumo é insustentável e inaceitável. É preciso redimensionar o papel do público na vida social e bloquear o poder do dinheiro. Trata-se de reformar as estruturas econômicas *pari passu* à transformação política, moral e cultural. É um processo complexo, que requer a participação ativa dos cidadãos e das comunidades em que estão inseridos.

Press, 2013.

60 SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

61 BARBER, Benjamin. *Consumido*: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2009.

### 3.10. Fraternidade e felicidade na cultura comunitária pós-moderna

Em lugar da “velha normalidade”, a orientação ativa nas políticas públicas está desafiada a edificar uma “nova normalidade”, compatível com a boa vida e a boa sociedade, capaz de atender as necessidades básicas de todos. A nova normalidade implica em substituir uma vida dedicada a buscar níveis crescentes de consumo (cuja contrapartida é dedicar ao trabalho a maior parte do tempo e das energias) por uma vida de consumo moderado, com mais tempo e energia para atividades sociais, atividades espirituais e para o envolvimento comunitário. Dedicção a atividades sociais significa mais tempo e energia para a família, filhos, parentes, vizinhos, clubes. Dedicção a atividades espirituais (transcendentais) significa mais tempo e energia para a participação religiosa (para os que têm religião) e de espiritualidade, engajamento em atividades culturais, estudo, artes. O envolvimento comunitário significa mais tempo e energia para participar no debate e resolução de questões da comunidade e em decisões públicas.<sup>62</sup>

Esse novo estilo de vida responde, adequadamente, às necessidades básicas de todos os seres humanos, é sustentável do ponto de vista ambiental e saudável do ponto de vista da coesão social. Uma vida rica em laços sociais, atividades espirituais e envolvimento comunitário produz contentamento e felicidade. Amplas pesquisas da psicologia, medicina e sociologia comprovam que crescimento da renda só está associado ao aumento de felicidade nos níveis iniciais, aqueles das necessidades fisiológicas e de segurança. No nível superior, o da autorrealização pessoal, o aumento de renda não é são é irrelevante como está associado às frustrações derivadas do desgaste produzida pelo trabalho absorvente requerido pelo consumo exacerbado.<sup>63</sup>

A boa vida deve ser pensada de modo diferente daquele derivado da hierarquia de necessidades de Maslow, segundo Etzioni,<sup>64</sup> por não levar devidamente em conta a necessidade do envolvimento comunitário, especialmente no seu nível mais alto, o da auto-realização. Essa concepção acabou sendo interpretada em sentido individualista. A concepção comunitária repõe a visão aristotélica de que a autorrealização pessoal só pode ser alcançada pela participação na *pólis*.

O estilo de vida não-consumista e não-materialista encontra inspiração em variados movimentos e comunidades ao longo de toda história do capitalismo, como as comunidades utópicas e na contracultura dos anos 1960, sem concordar com modelos de negação do consumo ou de criação de comunidades numa esfera paralela. É preciso instaurar a nova normalidade abrindo fissuras na velha normalidade.

A sustentabilidade dessa forma de vida vem sendo verificada por meio dos levantamentos do *índice de saúde social*,<sup>65</sup> que evidenciam que muitos países com menor renda são mais saudáveis que países com alta renda. A boa vida comunitária produz contentamento e felicidade pessoal e é uma vida sustentável do ponto de vista ambiental, econômico e social. Dedicar tempo aos filhos, familiares, vizinhos e amigos, envolver-se em clubes e organizações, engajar-se na ação coletiva, participar das decisões públicas – tudo isso gasta poucos recursos naturais, é compatível com as tendências de baixo crescimento econômico do século XXI e reforça o tecido social esgarçado pela cultura individualista e belicista do atual modelo de globalização.

62 ETZIONI, Amitai. *The new normal: finding a balance between individual rights and the common good*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2015.

63 ETZIONI, Amitai. *The new normal: finding a balance between individual rights and the common good*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2015. ETZIONI, Amitai. *Hot spots: American foreign policy in a post-human rights world*. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2015a.

64 ETZIONI, Amitai. Transforming the active orientation. *Issues in Science and Technology*. National Academies Of Sciences, Engineering, And Medicine. The University Of Texas At Dallas Arizona State University, p. 78-85, 2016.

65 ADÁN, José Pérez. *Diez temas de sociología: vivir una sociedad familiar y humana*. 2ª ed. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.

## 4. CONSIDRAÇÕES FINAIS

A Teoria da Orientação Ativa (ou orientação social) é um referencial promissor para a análise de políticas públicas, cujas categorias ajudam a organizar as contribuições dos comunitaristas para o debate político sobre os rumos da transformação social em tempos de desesperança e resignação. É uma construção conceitual que se quer realista, preocupada em sustentar-se face ao exame de adequação, poder interpretativo e validade empírica ao qual deve resistir toda teoria voltada à ação.<sup>66</sup>

Os condicionantes que incidem na ação coletiva e nas políticas públicas, sintetizados na parte inicial do texto, mostram que o esforço político em prol da transformação social somente é viável se estiver apoiado numa adequada interpretação antropológica, do poder e dos vínculos entre a política e a vida social, evitando as ilusões do voluntarismo e a resignação do determinismo. As diretrizes para as políticas públicas, elencadas na segunda parte, exemplificam o esforço de variados autores em apresentar linhas de ação política-inovadoras, visando à construção de um modo de vida sustentável e saudável, inspirado em uma cultura comunitária pós-moderna.

Essas diretrizes, viáveis à luz dos condicionantes elencados, são de extrema relevância para o debate político dos dias atuais por razões variadas: propõe uma nova síntese entre as clássicas aspirações à liberdade, igualdade e fraternidade; atualiza o tema da busca da felicidade associada à vivência comunitária; agrega a temática da sustentabilidade social e ambiental. No plano das políticas públicas, enaltece o papel da sociedade civil sem atribuir-lhe funções que são melhor cumpridas pelo setor público ou privado, ressalta o papel imprescindível das redes sociais e o permanente desafio da sinergia entre Estado, comunidade e mercado.

No conjunto, condicionantes e diretrizes sinalizam o caminho indicado pelo pensamento comunitarista e expressam a fertilidade política de um modo de pensar que recoloca os laços comunitários no centro dos debates sobre os rumos da sociedade e da inovação política. Talvez o maior mérito do comunitarismo esteja em mostrar que, muito mais que apelos piedosos e discursos grandiloquentes sobre a importância da vida comunitária, a política inspirada em ideais comunitários só tem eficácia quando sedimenta o planejamento racional no solo dos valores e crenças disseminados nas comunidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADÁN, José Pérez. *Diez temas de sociología: vivir una sociedad familiar y humana*. 2ª ed. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.

ANDRADE, Diogo C. Políticas públicas, mínimo existencial e poder judiciário: a questão do direito à moradia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 1, p. 151-166, 2016.

BARBER, Benjamin. *If the mayors ruled the world: dysfunctional nations, rising cities*. New Haven & London: Yale University Press, 2013.

BARBER, Benjamin. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2009.

BARBER, Benjamin. *Strong democracy: participatory politics for a new age*. 2ª ed. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2003.

BARBER, Benjamin. *Un lugar para todos: como fortalecer la democracia y la sociedad civil*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000.

66 ETZIONI, Amitai. *The active society revisited: a response*. In: McWILLIAMS, W. (ed.) *The active society revisited*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 347.

- BELLAH, Robert et al. *Habits of the heart: individualism and commitment in American life*. 3ª ed. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1996.
- BELLAH, Robert et al. *The good society*. New York: Vintage Books, 1991.
- BOSWELL, Jonathan. *Community and the economy: the theory of public co-operation*. London: Routledge, 1994.
- ETZIONI, Amitai. Transforming the active orientation. *Issues in Science and Technology*. National Academies of Sciences, Engineering, And Medicine. The University of Texas at Dallas Arizona State University, p. 78-85, 2016.
- ETZIONI, Amitai. *The new normal: finding a balance between individual rights and the common good*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2015.
- ETZIONI, Amitai. *Hot spots: American foreign policy in a post-human rights world*. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2015.
- ETZIONI, Amitai. Reexame da estratégia mista de decisão. In: HEIDEMANN, F.G.; SALM, J.F. (org.) *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Edunb, 2009, p. 232-249.
- ETZIONI, Amitai. *La dimensión moral: hacia una nueva economía*. Madrid: Palabra, 2007.
- ETZIONI, Amitai. *El guardián de mi hermano: autobiografía y mensaje*. Madrid: Astor Juvenil Palabra, 2006.
- ETZIONI, Amitai. The unique methodology of policy research. In: GOODIN, Robert (ed.) *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 833-843.
- ETZIONI, Amitai. The active society revisited: a response. In: McWILLIAMS, W. (ed.) *The active society revisited*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2005.
- ETZIONI, Amitai. *La tercera vía: hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Trotta, 2001.
- ETZIONI, Amitai. Humble Decision Making. *Harvard Business Review on Decision Making*, Harvard Business School Press: Boston, MA, p. 45-57, 2001. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2157020>. Acesso em 20/06/2016.
- ETZIONI, Amitai. Law in civil society, good society, and the prescriptive state. *Chicago-Kent Law Review*, v. 75, n. 2, p. 355-378, 2000.
- ETZIONI, Amitai. *La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática*. Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991.
- ETZIONI, Amitai. *La sociedad activa: una teoría de los procesos sociales y políticos*. Madrid: Aguilar, 1980.
- ETZIONI, Amitai. *Análise comparativa de organizações complexas: sobre o poder, o engajamento e seus correlatos*. Rio de Janeiro: Zahar, São Paulo: Edusp, 1974.
- HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, J. F. (org.) *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Edunb, 2009.
- KROPOTKIN, Piotr. *Ajuda mútua: um fator de evolução*. São Sebastião: A Senhora Editora, 2009.
- PUTNAM, Robert. *Our kids: the American dream in crisis*. New York: Simon & Schuster, 2015.

- SCHMIDT, João P. *Juventude e política: a socialização política dos jovens brasileiros na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.
- SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SANDEL, Michael. *Justiça - o que é fazer a coisa certa?* 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SELZNICK, Philip. *The moral commonwealth*. Berkeley: University of California Press, 1992.
- SELZNICK, Philip. *The communitarian persuasion*. Washington DC: Woodrow Wilson Center Press, 2002.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- SOUZA, Pedro B. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 1, p. 167-184, 2016.
- SUBIRATS, Joan et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Planeta, 2012.
- TAM, Henry. *Communitarianism: a new agenda for politics and citizenship*. Macmillan: Basingstoke, 1998.
- THEMUDO, Thiago S. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 1, p. 303-317, 2015.
- VAZ, Henrique C. *Ontologia e história*. São Paulo: Duas Cidades, 1968.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Gestão pública e parcerias público-privadas:** teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social

**Public management and public-private partnerships:** theory of state and use of diffuse governance technology for social control

Thiago Souza Araujo

Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva

Aires Jose Rover

# Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social\*

## Public management and public-private partnerships: theory of state and use of diffuse governance technology for social control

Thiago Souza Araujo\*\*

Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva\*\*\*

Aires Jose Rover\*\*\*\*

### RESUMO

Este trabalho propõe uma base conceitual em termos de teoria do Estado para as Parcerias Público-Privadas - PPP, bem como uma proposta pragmática para sua implementação por meio das tecnologias disponíveis. Para isto, desenvolve-se o conceito de “esfera público-privada” bem como se aponta a viabilidade de um modelo de regulação difusa das PPP. Os dois conceitos elaborados contribuem para solucionar a problemática de falta de segurança jurídica, o que fornece condições para o sucesso das PPP no Brasil. São abordados os benefícios econômicos que o aumento de investimentos via PPP pode gerar. É uma alternativa para superar o cenário de crise por meio de atração de capital privado e estrangeiro. A contribuição essencial consiste no modelo de regulação das PPP baseado na lógica do controle externo difuso com o uso da tecnologia da informação e comunicação conjugando elementos sociais, políticos e econômicos.

**Palavras-Chave:** Parcerias Público-Privadas; Governança; we-Gov; governo eletrônico; regulação difusa.

### ABSTRACT

The main goal of this work is to set a conceptual framework, in terms of State Theory, for the public-private partnership (PPP). To reach this objective it is developed the “public-private sphere” concept as well as it is pointed the viability of a public-private partnership ‘diffuse regulation model’. The two developed concepts contribute to solve a critical issue in PPP, which is the lack of legal security, one of the greatest barriers to the success of PPP in Brazil. Some economical benefits are presented like the expectation of investments increase with the success of public-private-partnership. The essential contribution of this paper consists in the suggestion of a generic model of public-private partnership regulation based on the informational and the diffuse power paradigm, a kind of external diffuse control by Information Technology. It is also based in aspects of social, political and economical elements.

\* Recebido em 16/09/2016  
Aprovado em 24/11/2016

\*\* Doutorando do Programa de Pós Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Administrador, Secretaria de Estado da Administração-SC.

\*\*\* Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Mestre em Direito, Estado e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Membro do grupo de pesquisa em Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento (EGOV/UFSC).

\*\*\*\* Professor adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina. Programa em Pós Graduação em Direito e do Programa de Pós Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento, Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC.

**Keywords:** Public-Private Partnership; Governance, we-Gov; diffuse regulation; eletronic government.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo está contextualizado na visão de sociedade em rede, definido por Castells<sup>1</sup> como sociedade informacional, considerando as relações sócio-político-econômicas levantadas por Habermas<sup>2</sup>, sendo essas relações ponderadas de acordo com as novas teorias de redes. Considera, também, a teoria do Estado nos moldes de Bobbio<sup>3</sup> e as mudanças nas relações de poder estudadas por Toffler<sup>4</sup>. Desenha-se, dessa forma, uma visão holística da Administração Pública e de suas questões econômicas e Jurídicas quanto ao modelo de Parcerias Público-Privadas (PPP).

Buscam-se conceitos advindos da abordagem da integratividade de Capra<sup>5</sup>, resgatando-se conceitos relativos à teoria do Estado, para que seja possível mais apropriadamente refletir a respeito das relações entre política, governo e sociedade. Então, aponta-se uma estratégia de contratualização (PPP) cujo sistema de auditoria proposto possa permitir maior segurança jurídica.

Na sociedade em rede de Castells<sup>6</sup>, a economia é informacional, baseada no conhecimento e consequente fluxo de informações. Neste paradigma o Estado é contexto, porém fundamental no sentido de proporcionar ambiente adequado ao desenvolvimento econômico. Neste sentido, o Estado, na acepção de Bobbio<sup>7</sup>, não possuiria a flexibilidade e a autonomia suficientes para realizar certos tipos de investimentos necessários ao processo de desenvolvimento social e econômico, em especial pela situação de contemporânea de baixo caixa por parte dos governos em função de diversas gestões pouco eficazes nas esferas federais, estaduais e municipais, com raras exceções. Enquanto o sistema produtivo torna-se cada vez mais interconectado internacionalmente gerando altos níveis de atratividade para o capital com cadeias produtivas internacionalizadas, o Estado, principalmente nos países que não conseguiram níveis de desenvolvimento técnico-educacional-produtivo, como o Brasil, encontram dificuldades para investir em serviços e infraestrutura básica para a sua população.

Para enfrentar essa questão, pragmaticamente, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, abriu possibilidades entre a concessão e a gestão estatal, com a regulamentação da parceria público-privada, nos termos em que será abordada neste artigo. Esta modalidade, no entanto, foi pouco aproveitada em função de questões financeiras e econômico-jurídicas, a serem aprofundadas mais adiante.

Neste sentido, propõe-se que os modelos financeiros que regem estas parcerias passem por um processo confiável de Governança por auditoria difusa para que seja assegurado que a PPP cumpra o seu objetivo social e tenha uma justa remuneração para tal. Por difusa entende-se a participação de pessoas – conhecedores ou especialistas no tema – espalhadas pelo país. Esta abordagem de ter avaliadores espalhados evita a cooptação e dificulta a corrupção de forma geral. Dessa forma, os objetivos específicos do artigo envolvem formar um arcabouço teórico a respeito dessas relações entre o Estado e a iniciativa privada, aqui denominada “esfera público-privada”; e uma modelagem de como seria a estrutura do sistema de regulação baseado na ampla participação da sociedade civil organizada por meio das tecnologias de informação e comunicação (TIC).

Procura-se, também, apontar as PPP como uma forma de desenvolvimento econômico sustentável, levantar um arcabouço teórico para as relações entre o setor público e privado, estruturar um modelo geral

1 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

2 HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

3 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

4 TOFFLER, Alvin. *Powershift: as mudanças no poder*. Rio de Janeiro: Record, 1990.

5 CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. 25 ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

6 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

7 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

para viabilizar a regulação externa difusa por meio das tecnologias de informação e comunicação com o uso de portal na Internet para que a população possa, por meio de assinatura digital (biométrica ou certificado digital), acessar o portal e, após se qualificar, poder se cadastrar como fiscais das relações que envolvem as PPP.

Quanto à metodologia, trata-se de ensaio empírico-teórico. O trabalho de campo indicou a necessidade da redução da insegurança jurídica das PPP, conforme abordado, por exemplo, por Araújo<sup>8</sup>, Seabra<sup>9</sup> e da Silva<sup>10</sup>. A partir disso este artigo busca apresentar como solução para este problema a estruturação de uma proposta conceitual para regular e, assim, viabilizar os projetos de PPP no Brasil.

## 2. ABORDAGEM METODOLÓGICA

Este artigo foi elaborado mediante abordagem teórico-empírica. Observando os riscos existentes e o baixo grau de adoção das parcerias público-privadas no Brasil, o problema de pesquisa abordado foi: Como melhorar a segurança jurídica no tocante aos riscos de desvio moral na contratação e fiscalização das PPP? A corrupção no Brasil resulta da fragilidade moral bem como de vícios existentes nos sistemas atuais de controle moral.

O problema de pesquisa selecionado evidencia também a falta de disponibilidade de recursos para investimento em infraestrutura, o que poderia ser solucionado por meio da implementação de PPP. Observe-se que se trata de indisponibilidade, não necessariamente de escassez, sendo uma questão que depende da eficiência da administração pública federal em meio a tanto custo político.

No que diz respeito ao desenho de pesquisa, foi desenvolvido a partir de Prodanov e Freitas<sup>11</sup>; Taffarel e Da Silva<sup>12</sup>; Creswell and Vicki<sup>13</sup> e Azevedo<sup>14</sup>. Desta forma, o trabalho de pesquisa possui natureza qualitativa e consiste em pesquisa aplicada à realidade Brasileira em sua complexidade jurídica, econômica, social de modo amplo, e aborda especificamente a questão das PPP.

Administração enquanto ciência depende muito do contato com a realidade, e com estudos empíricos aplicados<sup>15</sup>.

A abordagem é dedutivo-indutivo. Primeiramente realiza-se uma leitura da realidade baseando-se em documentos e dados disponíveis (aspecto dedutivo). Posteriormente apresenta-se um modelo como possível solução (aspecto indutivo). Configura-se ainda como pesquisa descritiva e explicativa, tendo como procedimento a pesquisa documental: documentos e dados públicos tais como leis, e dados econômicos que refletem a realidade são levantados.

Neste contexto, um ponto de partida é a questão relativa à necessidade de o Estado levantar investimentos para serviços públicos e infraestrutura. Assumindo as Parcerias Público-privadas (PPP) como possibilidade para solucionar este problema, encontra-se na literatura uma série de riscos associados à esta solução.

8 ARAÚJO, Thiago S. *Parcerias público-privadas em Santa Catarina*. um estudo exploratório. 2007, 97fs. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

9 SEABRA, Isamara. *O financiamento das parcerias público privadas no Brasil*. 2012, 185fs. Dissertação. (Programa de pós-graduação em Direito), Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2012, p.81-82.

10 DA SILVA, Reinaldo Marques. “A parceria público-privada (PPP): as garantias previstas na lei 11.079, de 30/12/2004 um exame doutrinário sobre legalidade e constitucionalidade de tais garantias.” *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, 1, 2014, p. 102-128.

11 PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de.: *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

12 TAFFAREL, Marinês, Da SILVA, Eduardo Damião.: A cientificidade da administração em debate. *Revista Administração em Diálogo-RAD* 15, no. 3, 2015.

13 CRESWELL, John W.; CLARK, Vicki L. P.: *Pesquisa de Métodos Mistos: Série Métodos de Pesquisa*. Penso Editora, 2015.

14 AZEVEDO, Israel Belo de. *O prazer da produção científica*. 7. ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999. 208p.

15 TAFFAREL, Marinês, Da SILVA, Eduardo Damião.: A cientificidade da administração em debate. *Revista Administração em Diálogo-RAD* 15, no. 3, 2015, p.35.

Entre as preocupações mais frequentes na literatura pesquisada, encontra-se a mitigação dos riscos econômicos relacionados ao desvio moral, uma das barreiras para a adoção desta modalidade. Outra preocupação diz respeito a como regular a parceria entre o Estado e a iniciativa privada, uma vez que o conjunto de interesses envolvidos pode gerar distorções indesejáveis. Diante deste problema, o objeto principal do artigo torna-se identificar qual seria o mecanismo de regulação das PPP ideal no sentido de viabilizar este arranjo como forma de possibilitar desenvolvimento de serviços públicos e principalmente obras de infraestrutura com maior eficiência técnica e financeira.

Dados os procedimentos metodológicos, evidencia-se também a visão de mundo dos pesquisadores. Os paradigmas adotados estão expressos na literatura citada, fundamentada principalmente em Castells<sup>16</sup>, economia informacional e o potencial da tecnologia da informação e comunicação em alterar não apenas o modo de produção da sociedade, assim como também de auxiliar novas estruturas institucionais, participação e engajamento do cidadão.

A visão de mundo - perspectiva - é também influenciada pelo *background* acadêmico-profissional dos autores, que congregam formação em Economia, Administração e Direito. Quanto à experiência profissional, os autores congregam experiência de atuação no corpo técnico no setor público na Administração direta e indireta do poder judiciário estadual e no poder executivo nas esferas Federal Estadual e Municipal, além de experiência em docência e pesquisa científica.

No que tange ao resultado esperado, o objetivo do artigo é desenvolver um modelo que pode conferir maior efetividade do setor público em oferecer serviços públicos em áreas que podem não gerar atratividade ao setor privado devido ao porte ou riscos envolvidos na operação. Ao mesmo tempo, o modelo considera que o Estado possui, por definição, pouca agilidade ou em momentos de crise econômica poucos recursos para aplicação em infraestrutura, tendo demonstrado historicamente baixa eficiência em fornecimento de infraestrutura - Burocracia para assegurar lisura.

### 3. TEORIA DO ESTADO E AS PPP

Castells analisa as transformações sociais e econômicas recentes apontando que a partir da década de 1970, com a revolução tecnológica da informática houve uma mudança significativa no sistema econômico gerando uma nova economia que denominou “informacionalismo”, devido às características desse novo modelo de produção:

Uma nova economia surgiu em escala global no último quartel do século XX. Chamo-a de informacional, global e em rede para identificar suas características fundamentais...<sup>17</sup>

O informacionalismo, segundo a definição do autor, é um sistema de produção informacional, porque a produtividade e a competitividade dos agentes desta economia depende de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos; é um sistema global, porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes, estão organizados em escala global pela conexão direta dos agentes econômicos; é em rede, porque a produtividade é gerada, e a competitividade é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais.

Neste contexto, o Estado moderno, como protetor do cidadão e provedor de serviços públicos, encontra-se em crise devido às características da estruturação do Estado, que se apoia em modelos burocráticos verticalizados, tornando-se lento para mudanças num contexto que exige flexibilidade, agilidade, geração e difusão de conhecimento.

16 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

17 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.199.

O debate acerca da crise do Estado vem de longa data, sendo vasto o número de publicações sobre o tema. Pereira<sup>18</sup>, por exemplo, expõe a visão da crise do Estado como resultado da ineficiência econômica gerada por mudanças profundas nas estruturas do sistema econômico, apontando ainda que a crise socioeconômica gera também uma crise no ambiente político devido ao descontentamento da população numa situação de mercado recessivo, impactada pela crise de representação atual, agravada por diversos escândalos relacionados à má aplicação de recursos públicos, quando não completamente desvirtuados, tanto por eventual má-fé quanto por incompetência institucional.

As mudanças na estrutura econômica surgem nas modificações do modo de produção da economia, agora baseada em redes, conceito profundamente detalhado por Castells<sup>19</sup> e que, em análise semelhante, Toffler<sup>20</sup> sintetiza com o conceito de “economia acelerativa”. Este autor enumera os doze elementos básicos da lógica de criação de riqueza que vem se desenhando desde o final do século XX. Esses doze elementos da economia acelerativa têm como base a inovação, troca de dados, informações e conhecimentos, acelerada alteração de padrões, flexibilidade, pró-atividade, interconectividade, lógica de redes. A respeito deles faz o seguinte comentário:

Os doze elementos da economia acelerativa estão inter-relacionados, e reforçam mutuamente o papel dos dados, da informação e do conhecimento em toda a economia. Definem o revolucionário novo sistema de criação de riqueza de alta tecnologia. A medida que estas peças desse sistema se juntam, elas solapam as estruturas do poder destinadas a apoiar o sistema de fazer riqueza da era industrial<sup>21</sup>

A riqueza citada por Toffler significa estoque, capital acumulado que por sua vez enseja o investimento, portanto, crescimento econômico no conceito tradicional. Mas não apenas isso, seria um conceito muito arcaico de desenvolvimento. A riqueza permite evolução na eficiência técnica (tecnologia inovadora), o que leva à evolução na forma de produzir. Isto gera aumento da eficiência econômica. Esses conceitos são difíceis de compatibilizar com o setor público pela sua própria lógica, pois o setor público é devidamente regido pelo princípio da legalidade, que exige procedimentos que reduzem a flexibilidade e agilidade na inovação pública, ainda que não seja impeditivo para tal.

Um dos argumentos subjacentes é exatamente que a administração pública deveria ser mais regido pela moralidade, publicidade, eficiência e impessoalidade, princípios infelizmente relegados ao segundo plano. É facilmente observável que o aumento da eficiência decorre principalmente pelo processo de inovação na visão Shumpeteriana que o princípio da legalidade dificulta. O princípio da legalidade enunciado por Meirelles significa mais precisamente que

Na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”<sup>22</sup>.

Por tanto, a estrutura burocrática, necessária à carreira pública em certas áreas referentes a serviços de controle do Estado pode ser compatibilizada com certo esforço à era informacional de Castells<sup>23</sup>. Porém há atividades mais empreendedoras, como a prestação de serviços tecnológicos avançados e monopólios naturais, em que a estrutura estatal não é eficiente. Importante reforçar a visão técnica e equilibrada no sentido de que em outras áreas o empreendedorismo público foi eficiente e necessário, como foi o caso da Empresa Brasileira de Telefonia – Embratel - em suas décadas iniciais além de outros casos. Em muitos desses casos a privatização não é uma solução socialmente adequada, sendo objeto de críticas. Esse é o espaço em que as PPP constituem-se na opção ótima, como será explicado mais à frente.

18 PEREIRA, José Matias. Políticas neoliberais, desequilíbrio macroeconômico e governabilidade: os casos do Brasil e Argentina. *Revista Observatório de la economia latinoamericana*, n. 23, abr. 2004.

19 CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, p.199.

20 TOFFLER, Alvin. *Powershift: as mudanças no poder*. Rio de Janeiro: Record, 1990.

21 TOFFLER, Alvin. *Powershift: as mudanças no poder*. Rio de Janeiro: Record, 1990. p. 260.

22 MEIRELLES, Helly L. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.78.

23 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Retornando a Castells<sup>24</sup>, percebe-se que não apenas no modelo soviético, no qual o Estado arrogou para si as atividades produtivas, mas também nos países inseridos no capitalismo de mercado, o Estado passa por certas dificuldades. Bobbio<sup>25</sup> afirma que o “contrato social” voltou a ser um tema amplamente debatido, porque existe a necessidade de estabelecimento de um novo contrato social justamente pelo fato de o estatismo decadente não ter conseguido cumprir sua função de prestador de serviços à comunidade. Esta incapacidade do Estado em prover serviços à sociedade tem como causa principal as alterações sofridas pelos sistemas econômicos e sociais. A sociedade tornou-se um sistema demasiadamente complexo, e o Estado pelas suas características intrínsecas não conseguiu até agora acompanhar essas mudanças. Sobre isto, Bobbio discorre da seguinte maneira:

...é preciso antes de tudo distinguir o problema do fim do Estado do problema da crise do Estado de que tanto se fala nesses últimos anos, com referência ou ao tema da crescente complexidade e à consequente ingovernabilidade das sociedades complexas, ou ao fenômeno do poder difuso, cada vez mais difícil de ser reconduzido à unidade decisional que caracterizou o Estado de seu nascimento a hoje.<sup>26</sup>

A despeito dessa crise, cabe ponderar que, por outro lado, é moralmente difícil a defesa da privatização de todos os recursos públicos sob alegação de incapacidade gerencial do Estado. Uma alternativa que se torna muito viável em termos práticos para o Estado no início do novo milênio é o meio termo: buscar a capacidade empreendedora e gerencial flexível do setor privado e manter os ativos sob a propriedade do setor público. Isso pode ser materializado por meio de Parcerias Público-Privadas e, contando com o envolvimento da sociedade civil organizada<sup>27</sup>, a prática de PPP pode constituir uma alternativa viável para o desenvolvimento socioeconômico atualmente. Isto poderia ocorrer não como alternativa para casos isolados, mas tornar-se uma estratégia planejada de desenvolvimento econômico e social, evitando empresas demasiadamente grandes ou aquelas microempresas sem condições técnicas e de capital de giro, focando em pequenas empresas de forma a evitar concentração de renda, estimulando política de distribuição de lucros aos funcionários.

Para adotar um plano de desenvolvimento econômico baseado na estratégia de adoção de PPP que seja consistente, é indispensável a utilização de outras medidas, principalmente em relação ao fortalecimento das instituições bem como outras atitudes que seriam basilares para o sucesso das PPPs em termos de política econômica, por exemplo. Há um grande desafio institucional, operacional, em especial no âmbito moral a ser superado nos contratos com o Estado. A crise extrema, no entanto, proporciona uma oportunidade de mudança, e as PPP podem ajudar a retomar o investimento com resultados eficientes e efetivos de forma a gerar também mitigação de riscos para Estado, Governo (ênfase na distinção entre estes dois), setor privado e sociedade civil.

### 3.1. PPP no Brasil

Conforme o entendimento de McCormack e Anderson<sup>28</sup> no que diz respeito à formação de PPP, os arranjos possíveis, segundo a literatura acadêmica, são basicamente quatro: *Build-own-operate*, *Buy-build-operate*, *Build-Own-Transfer* e *Build-transfer-operate*.

O arranjo *Build-own-operate* (BOO) significa transações nas quais o setor privado constrói, possui e opera o serviço público, obtendo ganhos por meio de taxas a serem cobradas do público. Nesta configuração, o setor privado assume todas as prerrogativas sobre o objeto da PPP e consiste basicamente em uma operação de privatização. Já a configuração *Buy-build-operate* (BBO) corresponde aos arranjos onde o setor privado

24 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.86.

25 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

26 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p.126.

27 Por meio de diversas instituições e cidadãos como participantes no papel de fiscais dessa política de desenvolvimento.

28 LEHMAN, Glen; TREGONING, Ian. *Public-Private Partnerships, Taxation and a Civil Society*. University of South Australia, Australia. *The journal of corporate citizenship*, n.15, p. 77-89, Ago. 2004.

compra uma estrutura pública já existente, renova ou amplia essa estrutura e obtém receitas por meio de taxas cobradas ao público. A configuração *Build-Own-Transfer* (BOT) é um arranjo similar ao BOO exceto pelo fato de que após determinado período a posse da estrutura construída é transferida para o setor público. A configuração *Build-transfer-operate* (BTO) significa transações nas quais o setor privado constrói a obra e imediatamente transfere a posse legal para o Estado. Os ativos são imediatamente arrendados ao setor privado, que fica responsável pela operação e obtém receita por meio de taxas cobradas.

A contratação de cada uma dessas modalidades depende muito do tipo de ativo em questão. Por exemplo, no caso de uma hidrelétrica ou rodovia, trata-se de um bem público por definição, de forma que o mais indicado seria *Build-transfer-operate*.

Há também a forma *Build-operate-transfer*, na qual o setor privado realiza o empreendimento, opera e transfere os ativos para o setor público. Esse é o arranjo preconizado pelo sistema jurídico brasileiro até o presente momento, de acordo com a lei federal 11.079 de 30 de dezembro de 2004 que regulamenta o assunto, ainda que as demais formas de PPP possam ser postas em práticas por outros arranjos contratuais, como as concessões. O fato é que, em termos práticos, o conceito de PPP no Brasil está amarrado a transferências dos ativos para o Estado após o prazo máximo de 30 anos<sup>29 30</sup>

Como exposto anteriormente, a legitimidade do Estado está ameaçada pela falta de verbas, pela crise financeira internacional e pelo baixo crescimento. Tanto o meio acadêmico quanto os órgãos representativos de classe, além de outras instituições percebem este fato: “O crescimento econômico inadequado, a crise fiscal, o aumento do desemprego e da violência, vem aumentando o descontentamento das populações nesses países”<sup>31</sup>

No Brasil, com dados de agosto de 2015, por exemplo, a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) faz análises do setor industrial e aponta a necessidade de investimentos na economia, principalmente em infraestrutura e indústria de base. É o que afirma Sérgio Prado, Doutor em Economia pela Unicamp e especialista em Federalismo Fiscal, em texto de abertura do Informativo CNI intitulado “Desenvolvimento Regional em Foco”, de 30 de junho de 2015, ao dizer que:

“do investimento em infraestrutura, se os anos cinquenta e sessenta apresentam uma performance positiva, a partir dos anos setenta entramos numa trajetória de redução do investimento público (tanto federal, principalmente, como subnacional, nas últimas décadas) que não é compensada por uma ativação do investimento privado nestes setores, o qual depende das iniciativas do governo federal, principalmente, que detém poderes regulatórios sobre a maioria dos setores. Isto vem gerando o enorme déficit em infraestrutura econômica que tem ocupado os noticiários nos últimos anos.”<sup>32</sup>

No mesmo texto, o economista ressalta que o governo deveria fazer um esforço para aumentar rapidamente a formação bruta de capital fixo no país e repensar a regulamentação para investimentos em infraestrutura e promover uma nova rodada de desoneração, chegando a afirmar mesmo que “as instâncias federais dedicadas ao planejamento parecem ter pouca força, como é demonstrado pela forma atabalhoada com que são conduzidas as decisões na área de infraestrutura.”<sup>33</sup>

29 MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. Revista brasileira de direito público, 2005.

30 ARAÚJO, Thiago S. *Parcerias público-privadas em Santa Catarina: um estudo exploratório*. 2007, 97fs. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.200.

31 PEREIRA, José Matias. Políticas neoliberais, desequilíbrio macroeconômico e governabilidade: os casos do Brasil e Argentina. *Revista Observatório de la economía latinoamericana*, n. 23, abr. 2004.

32 PRADO, Sergio. Políticas de desenvolvimento regional e a Federação. *Informativo CNI - Desenvolvimento Regional em Foco*. ano 1, n.4, p. 01-03, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2015/07/1,44871/desenvolvimento-regional-em-foco.html>> Acesso em: 05 ago. 2015.

33 PRADO, Sergio. Políticas de desenvolvimento regional e a Federação. *Informativo CNI - Desenvolvimento Regional em Foco*. ano 1, n.4, p. 01-03, jun. 2015. p.03.

Ademais, em entrevista datada de 2013, o presidente da CNI, Robson Braga de Andrade, já alertava que “o país precisa elevar os investimentos públicos e garantir o êxito dos programas de concessão e das parcerias público-privadas nas obras de infraestrutura”. Contudo, com capacidade de investimento atualmente orbitando em apenas 1,5% do PIB, como afirma Sebastian Briozzo<sup>34</sup>, o baixo investimento é o ponto crítico da economia no Brasil, que possui “o nível de investimento público mais baixo dos mercados emergentes” e, com o orçamento comprometido e planos de ajuste fiscal em curso, o governo simplesmente não possui capacidade de investimento. Esses são indicativos claros da necessidade de utilizar o mecanismo de PPP, em especial aquelas em que o Setor privado pode atrair capital internacional para investimento em infraestrutura.

Midttun<sup>35</sup> deixa evidente a importância da interação entre governo, sociedade e setor produtivo privado, tanto no modelo do *welfare state keynesiano* quanto no neoliberal. Faro<sup>36</sup> afirma que é papel do executivo e legislativo ao desenvolverem e regulamentarem políticas públicas “criar mecanismos e também instrumentos que permitam uma alocação eficiente de recursos”. Neste sentido a PPP é uma saída viável para reconstrução do Estado no sentido de cumprir suas funções essenciais no Brasil. Além disso, numa economia como a brasileira, os investimentos em infraestrutura geram efeito multiplicador, o que alavanca o desenvolvimento. Os ganhos marginais são decrescentes, de forma que esses ganhos marginais onde há poucos investimentos são elevados.

Compreender as vantagens para o setor privado é mais simples: rentabilidade pré-estabelecida, com uma baixa faixa de variação, e, portanto, menor risco em relação ao investimento realizado. O fator risco é um fator crítico:

*Investor security is critically important. Regulation is also useful in protecting the interests of private investors by preventing direct or indirect expropriation of investment capital*<sup>37</sup>.

Além disso nas PPP há mecanismos como os “recebíveis”, compostos por taxas pagas por determinados serviços prestados e ainda outros mecanismos de contrapartida do setor público que estão surgindo pela prestação de serviços da SPE, além dos subsídios.

### 3.2. PPP e estratégia de desenvolvimento econômico

Quanto à teoria econômica do desenvolvimento, a visão tradicional schumpeteriana baseada em inovação tem por referência a sustentabilidade e a geração de oportunidades em conjunto com a referida inovação. Joseph Alois Schumpeter, autor do livro “*The Theory of Economic Development*”, publicou a versão original em 1964. Antes disso, mas na mesma linha de raciocínio, Villard<sup>38</sup> enfatiza a importância da pesquisa, inovação e do nível de poupança. Numa visão schumpeteriana um fator que é tanto origem quanto agravante do baixo nível de investimentos no Brasil é o baixo nível de poupança, em cerca de 13,65%, de acordo com dados do Fundo Monetário Internacional (FMI) divulgados em 17 de março de 2015. Por isso, a atração de poupança externa - capital internacional que permanecerá imobilizado como investimento em infraestrutura - é ponto chave na retomada de desenvolvimento. Um nível mais elevado de poupança forneceria melhores

34 BRIOZZO, Sebastian. Baixo investimento é ponto fraco da economia brasileira, diz agência de risco: Depoimento. [15.12.2014] Rio de Janeiro: *Agência Brasil*. Entrevista concedida a Vinicius Lisboa. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2014-12/entividamento-e-investimentos-baixos-sao-pontos-fracos-avalia-agencia-de-risco>> Acesso em: 02 ago. 2015.

35 MIDTTUN, Atle. Realigning business, government and civil society: Emerging embedded relational governance beyond the (neo) liberal and welfare state models. *Corporate Governance*, v. 5, n. 3, 2005

36 FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, jul-dez. 2013 Disponível em: < [http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2161/pdf\\_1](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2161/pdf_1)> Acesso em: 19 nov. 2016.

37 PONGSIRI, Nutavoot. Regulation and public-private partnerships. *International Journal of Public Sector Management*, v. 15, n. 6, p. 487-495, 2002 Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1108/09513550210439634>> Acesso em: 21 nov. 2016.

38 VILLARD, Henry H. *Economic development*. New York: Holt, Rinehart and Wiston, p.196.

condições para a “destruição criadora”, abordagem adotada por Schumpeter<sup>39</sup> para se referir às inovações que mudam os padrões tecnológicos vigentes, pressionando o mercado no sentido de que ocorram ainda outras inovações. Numa abordagem macroeconômica Keynesiana apresentada pela síntese neoclássica, o progresso tecnológico amplia o produto nacional, segundo um modelo básico exposto por Blanchard<sup>40</sup>, de acordo com a equação:

$$Y = f(K, N, A)$$

Onde: Y = produto; f = função; K= Capital; N = trabalho, A= tecnologia

Resgatando ainda teorias clássicas, Tinbergen<sup>41</sup> aponta em seu trabalho algo que parece ser mais evidente hoje, porém merece ser explicitado: sua crítica em relação a existência de separação entre política de desenvolvimento e o planejamento. Atualmente essa crítica poderia ser atualizada no sentido de enfatizar a importância de uma política de desenvolvimento num contexto de médio e longo prazo e o comprometimento com um plano de desenvolvimento. Aliás os Governos deveriam ser fiscalizados quanto a responsabilidade intertemporal, que é um pouco mais do que a mera responsabilidade fiscal, que não analisa qualidade do investimento ou sustentabilidade, apenas o fluxo de recursos.

Sabe-se da existência de alguns documentos públicos nesse sentido, mas é perceptível a falta de comprometimento com um planejamento de longo prazo e, conseqüentemente, falta uma política de desenvolvimento clara nos Estados modernos em geral e mais claramente no Brasil. Em termos teóricos, Tinbergen<sup>42</sup> afirma que a política de desenvolvimento deve enumerar os meios para alcançar os objetivos priorizados pelo planejamento.

Empiricamente percebe-se de forma clara que a falta de um planejamento de longo prazo e de um plano de desenvolvimento com maior comprometimento do setor público decorre de dois motivos principais: a fragilidade do Estado - aqui constatada anteriormente; e a visão limitada ao mandato do governo. A prática de atuação com objetivo eleitoral acima do objetivo coletivo no sentido de Planejamento Estratégico Estatal é um dos fatores que levou o Brasil à situação atual, que é crítica. Neste momento a capacidade de poupança é negativa, tanto o setor público quanto o privado estão endividados. Resta apenas a poupança externa, inovação e esperança (também conhecido como “expectativas” na teoria Keynesiana).

Uma forma de superar essa barreira da política eleitoral, ou de elevar a restrição do sistema, na lógica de Goldratt<sup>43</sup>, é transferir a gerência do planejamento de projetos nacionais em termos de infraestrutura para um controle difuso e autônomo de entidades pertencentes à esfera público-privada, ou seja, a gestão de empreendimentos estratégicos poderia ser delegada ao setor privado por meio das PPP com controle por meio de TIC mediante participação qualificada da sociedade civil organizada. Numa direção semelhante, Lucio e Stuart<sup>44</sup> afirmam que estratégias de parceria se tornaram uma forma de modernização: “Partnership working has become synonymous with the contemporary political project of modernisation”.<sup>45</sup>

A modernização não decorre da simples presença do setor privado. A inovação e flexibilidade para colocar em prática os projetos serão pelas PPP levados a cabo porque os investimentos em infraestrutura uma vez acordados e viabilizados via PPP estão menos sujeitos a interrupções e intervenções por motivos

39 SHUMPETER, Alois J. *Teoria do desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

40 BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. 3 ed., São Paulo: Prentice Hall, 2004, p.244.

41 TINBERGEN, Jan. *Desenvolvimento planejado*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p.150.

42 TINBERGEN, Jan. *Desenvolvimento planejado*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

43 GOLDRATT, Eliyahu M.; COX, Jeff. *A meta*: um processo de melhoria contínua. São Paulo: Educator, 1995.

44 LUCIO, Miguel M.; STUART, Mark. Assessing partnership: the prospects for, and challenges of modernization. *Employee Relations*, v. 24, n. 3, 2002 Disponível em: < <http://www.emeraldinsight.com/doi/pdfplus/10.1108/01425450210428426>> Acesso em: 11 jul. 2015

45 LUCIO, Miguel M.; STUART, Mark. Assessing partnership: the prospects for, and challenges of modernization. *Employee Relations*, v. 24, n. 3, 2002, p.252.

políticos. Este fato aumenta a eficiência do Estado consideravelmente e possibilita um planejamento de longo prazo. Ao mesmo tempo há flexibilidade gerencial necessária para que se atinja o objetivo final: prover serviços de qualidade que propiciem o desenvolvimento social e econômico compatível com cada caso específico de PPP.

#### 4. CONCEITO DE “ESFERA PÚBLICO-PRIVADA” E UM MODELO DE REGULAÇÃO DIFUSA BASEADA NAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Muniz comenta a respeito dos benefícios da flexibilidade para soluções e inovações do setor privado ao executar obras de infraestrutura tratando especificamente de PPP:

Uma boa regulação opera em conjunto com as normas sociais ajudando a salvar vidas e economizar dinheiro, gerando maior cumprimento das leis. Às vezes isso acontece sem qualquer regulação. A parceria público-privada, graças à criatividade do setor privado, pode ser a melhor e mais simples abordagem”<sup>46</sup>

Em seu artigo, no debate sobre as PPP, Pongsiri defende que é fundamental a questão da regulação das PPP e relata que nos países emergentes esse é o ponto mais crítico para o sucesso dessa nova concepção:

*Experience in these countries confirms the importance of putting a sound regulatory framework in place before implementing the public-private partnership programmes. Regulatory systems should be established as soon as possible to define clear rules for financial performance, provide practical experience to staff...<sup>47</sup>.*

Falta de regulamentação não é o caso do Brasil, ao menos não em termos legais. As leis federais e estaduais regulamentam as PPP de forma razoavelmente satisfatória. Contudo, apenas as leis não têm sido suficientes uma vez que o risco político tem sido alto. Risco esse causado, como dito, pela sujeição da administração pública a projetos de governo, e não de Estado, de forma que este fator de insegurança jurídica tem causado um aumento no risco dos projetos, gerando um ciclo vicioso que reduziu a eficiência dos projetos de PPP e inviabilizou muitas propostas.

Marques e Silva<sup>48</sup>, ao abordar a experiência portuguesa, recomendam a redução do poder discricionário político e a utilização de instrumento análogo a licitação brasileira com critérios técnicos. Uma vez estruturado por técnicos administrativos no setor público, uma forma de aumentar a segurança jurídica e reduzir o risco seria um processo amplo de avaliação dos projetos por cidadãos qualificados tecnicamente – Engenheiros, Administradores, economistas, contabilistas, juristas com prática profissional e sem vínculos a possíveis interessados.

Sendo cada profissional/avaliador credenciado em suas respectivas áreas, poderia por meio da Internet acessar os processos e elaborar seus pareceres indicando os eventuais problemas técnicos e financeiros encontrados. Assim, com o aumento da transparência por meio das tecnologias da informação e comunicação os projetos poderiam ter o seu risco reduzido, uma vez que qualquer tentativa política de inviabilizar o projeto com acusações infundadas tornar-se-ia dificultada pela transparência neste processo de avaliação difusa. Bem como contratos tendenciosos seriam amplamente contestados pela sociedade, contudo sem implicar em paralização das atividades mantendo o processo de investimento célere por não depender de prazos públicos mais alongados.

46 MUNIZ, Veyzon Campos. Recensão - Sunstein, Cass R. Simpler: the future of government. New York: Simon & Schuster, 2013. p. 232. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, nº 2, p. 315-319, jul-dez 2015, p.318. Disponível em: < [http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3420/pdf\\_1](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3420/pdf_1) > Acesso em: 20 nov. 2016.

47 PONGSIRI, Nutavoot. Regulation and public-private partnerships. *International Journal of Public Sector Management*, v. 15, n. 6, p-487-495, 2002 Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1108/09513550210439634> > Acesso em: 21 nov. 2016.

48 MARQUES, Rui C., SILVA, Duarte. As parcerias público-privadas em Portugal. Lições e recomendações. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 6, n. 10, p. 33-50, 2008.

Acredita-se que a sociedade, neste sentido, constitui-se uma rede diversa e difusa de atores sociais, que se evidenciam principalmente por meio de Organizações não Governamentais (ONGs) e associações de classe. Estas organizações poderiam se manifestar por meio desta ferramenta tecnológica (uma Plataforma on-line) manifestando uma opinião técnica quando os projetos envolverem suas áreas de atuação. Através desta rede difusa, constituída por cidadãos de diversas especialidades reunidos por este sistema Web, se emitiria um parecer, encaminhado então para um corpo técnico, com recomendações no sentido de aprovar, rejeitar ou aprovar condicionado a alterações específicas os projetos de PPP.

A ideia, aqui, é que o corpo administrativo apenas tenha o direito de, fundamentadamente, contestar as opiniões emitidas por cidadãos habilitados, baseando-se em pareceres de outros cidadãos enviados pelo sistema. Modelo similar é há muito adotado por pareceristas *ad hoc* em aprovação de projetos científicos candidatos a receberem recursos públicos, atualmente em um sistema mais simples. Ou ainda o próprio sistema de revisão por pares adotados nos periódicos científicos. A proposta seria um sistema semelhante, porém mais sofisticado e dotado de maior transparência bem como de maior participação. O modelo pode incluir pareceristas remunerados e voluntários simultaneamente.

Este modelo de Governança, considera a ação coletiva<sup>49</sup> na direção da co-produção, e da colaboração on-line e da e-cidadania. Considera também a perspectiva de Linders<sup>50</sup> da prática do *Citizens to Government*; e o do *it Yourself Government (Citizen to Citizen)*. A atuação direta de especialistas *ad hoc* de forma difusa contribuiria para um reforço moral<sup>51</sup>. Lejano e Castro<sup>52</sup> referenciam a teoria da “tragédia dos *commons*” associada à governança; resumidamente implica a recomendação da interação por meio de ações de cidadania, o que pode se traduzir para a abordagem do controle externo difuso praticado por meio de plataforma on-line.

A governança difusa utiliza técnicas de *enforcement*<sup>53,54</sup>, que consiste em pressão social, no sentido da **Transparência** conceitualmente próximo do *Disclosure*<sup>55</sup>; bem como a prática da *Accountability*<sup>56</sup> que significa a prestação de contas no sentido de informar ativamente os demais a respeito das ações que estão em curso por parte de todos. Este modelo seria auditado também pela sociedade civil organizada, por meios eletrônicos abertos (Internet) e observatórios sociais.<sup>57</sup>

A viabilidade tecnológica já existe e uma modelagem básica será apresentada mais adiante, enquanto a viabilidade política pode ser encontrada na necessidade de realização de investimentos, podendo estes ser operacionalizados por meio das PPP, vez que, no atual contexto, dificilmente poderão ser realizados pelo Estado.

A fundamentação conceitual para o investimento baseado em PPP baseia-se, por sua vez, na possibilida-

49 OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1990.

50 LINDERS, Dennis. From e-government to we-government: Defining a typology for citizen coproduction in the age of social media. *Government Information Quarterly*, v. 29, n. 4, p. 446-454, out. 2012.

51 MILINSKI, Manfred; SEMMANN, Dirk; KRAMBECK, Hans-Jürgen. Reputation helps solve the ‘tragedy of the commons’. *Nature*, n. 415, p. 424-426, 24 jan. 2002.

52 LEJANO, Raul P.; de CASTRO, Francisco F. Norm, network, and commons: The invisible hand of community. *Environmental Science & Policy*, v. 36, p. 73-85, 2014.

53 WATERMAN, Robert H.; PETERS, Thomas J.; PHILLIPS, Julien R.: “Structure is not organization.” *Business Horizons*, v. 23, n. 3, p. 14-26, jun. 1980.

54 KAPLAN, Robert S. “How the balanced scorecard complements the McKinsey 7-S model.” *Strategy & Leadership*, v. 33, n. 3 p. 41-46, jun. 2005. Disponível em: <<https://managementmodellsite.nl/webcontent/uploads/How-the-balanced-scorecard-complements-the-McKinsey-7-S-model.pdf>> Acesso em: 05 set. 2015.

55 MURCIA, Fernando Dal-Ri; Dos SANTOS, Ariovaldo. Fatores determinantes do nível de disclosure voluntário das companhias abertas no Brasil. *Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade (REPeC)* v. 3, n. 2, art. 4, p. 72-95. maio-ago 2009.

56 SCHILLEMANS, Thomas. “Accountability in the shadow of hierarchy: The horizontal accountability of agencies.” *Public Organization Review* v. 8, n. 2, p. 175-194, fev. 2008.

57 SCHOMMER, Paula Chies; ROCHA, Arlindo Carvalho; SPANIOL, Enio Luiz; DAHMER, Jeferson, SOUSA, Alessandra Debone de.: “Accountability and co-production of information and control: social observatories and their relationship with government agencies.” *Revista de Administração Pública* v. 49, n. 6, p.1375-1400, nov-dez. 2015.

de gerada pelo paradigma da sociedade em rede para Castells<sup>58</sup> em conjunto com o conceito de sociedade complexa, com poder difuso para Bobbio<sup>59</sup>. Nesta perspectiva a rede de pessoas - intermediada por redes de informacionais baseadas em TIC - tende a ser atuante no sentido de defender o interesse coletivo da sociedade.

Adotando uma abordagem mais pragmática, crê-se que esse poder difuso oriundo da sociedade civil organizada pode ser um complemento essencial aos mecanismos de fiscalização formais estabelecidos, a ponto de fornecer um novo caminho para o desenvolvimento econômico. Trata-se, aqui, de uma releitura da teoria do interesse privado, onde pequenos grupos organizados defendendo seus próprios interesses atuam no sentido de promover o interesse coletivo, teoria estruturada na década de 1960<sup>60</sup> e que volta a ganhar força em abordagens mais contemporâneas:

*...well-known theory on "the logic of collective action". The essence of this is the assumption that small groups, promoting their own interests, are often better able to protect those interests in the political arena than large groups promoting interests which extend beyond narrow individual interests or group interests.<sup>61</sup>*

Conforme Luño de fato, a idéia de uma representação institucional se torna muito mais plausível quando colocada em face à realidade tecnológica atual, que possibilita uma aproximação entre governantes e governados e amplia a esfera representativa.

*Al propio tiempo, los nuevos medios de comunicación y audiovisuales [...] han permitido una aproximación entre candidatos y electores antes impensable [...] Todo ello conduce a una adaptación de la democracia representativa a las exigencias propias de las sociedades informatizadas del presente y, en definitiva, a posibilitar la eficiencia de los procesos políticos de la democracia<sup>62</sup>*

Além disso, Luño<sup>63</sup> lembra que as redes de comunicação contemporâneas permitem uma comunicação mais direta de forma a permitir uma participação mais direta dos cidadãos, que em nossa opinião pode exercer atualmente uma participação mais direta, havendo uma hibridização da democracia direta por meio da democracia representativa, o que na prática já está ocorrendo. Naturalmente os representantes que não corresponderem aos interesses dos cidadãos perdem suporte e voto, quando não sofrem pressão para a derrubada política de outros políticos, tal qual se viu em sucessivas cassações de mandatos e prisões nestes dias no Brasil.

Essa visão não escusa o Estado de auditar e fiscalizar as PPP, contudo destaca a importância da participação coletiva, pública, da sociedade civil junto a proposições e fiscalização criando ainda uma terceira estrutura de fiscalização baseada na representação profissional e de instituições. Consistem em três formas de fiscalizações paralelas e complementares. A lógica é a utilização de mecanismo de controle de mercado em um modelo mais liberal associado ao controle do estado, o primeiro intensificado e o segundo amenizado, e ambos atuando simultaneamente, além da pressão da opinião pública. É interessante pontuar que se adota aqui o conceito de Dallari, em relação à visão da representação profissional e institucional. Para este autor:

Uma terceira tentativa de substituir a representação política por outra mais autêntica e que reflita, verdadeiramente, a vontade popular, é decorrência da Teoria da Instituição, podendo por isso, ser designada como Representação Institucional<sup>64</sup>.

58 CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

59 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

60 OLSON, Mancur. *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*. Cambridge, Mass, 1965.

61 SIMONIS, Jan B.D. Institutions and the imperfect market. *International Journal of Social Economics*, v. 28, n. 3, p. 295-307, 2001 Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1108/03068290110357681>> Acesso em: 18 nov. 2016.

62 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 8-46, jul-dez 2014, p.14 Disponível em: < <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2835/pdf>> Acesso em: 20 nov. 2016.

63 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 8-46, jul-dez 2014.

64 DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 157.

Neste sentido, crê-se que não exista a necessidade de uma agência reguladora como entidade rígida e dentro da estrutura burocrática do Estado, mas sim um conselho colegiado nacional das PPP onde possam atuar representantes de ONGs, Tribunal de Contas, e representantes de classes profissionais e de setores como indústria e terceiro setor, não por obrigação, mas de acordo com o interesse e com baixo custo, mediado por tecnologias da informação e comunicação. Também não em caráter exclusivista, mas uma participação ampla e aberta, em especial às autarquias, tais como entidades de classe profissionais e universidades.

Representantes de classes profissionais envolvidas com gerência, planejamento, contabilidade, setor público e prestação de serviços à sociedade, ou seja: os conselhos regionais ou federais de administração, economia, contabilidade, serviço social e OAB em todas as comissões, e dependendo do tipo de PPP, outros representantes: nas PPP que envolvam construção, sua comissão deve convidar um representante do conselho de engenharia civil para que acesse um sistema online e emita seu parecer, e assim por diante em relação a representantes de todas as categorias profissionais que possam ter interesse. É uma abordagem de fortalecimento das instituições. Uma das vantagens deste arranjo é compelir as instituições de classe a não fugir às suas responsabilidades quanto a aspectos técnicos que estariam relacionadas à gestão pública. Consequentemente estimular a profissionalização da gestão ao envolver compulsoriamente conselhos profissionais no debate da gestão pública.

Kjaer<sup>65</sup> aborda esta relação entre neocorporativismo e governança, dentre os argumentos destaca-se: participação institucional corporativa em “esfera não econômica”, responsabilidade social e arranjos auto regulatórios. A proposta possui traços de semelhança com a democracia deliberativa de Cortes e Gugliano<sup>66</sup>, um arranjo neocorporativista, contudo é misto no sentido de envolver a participação difusa, ao invés de concentrar apenas nas corporações.

Neste sentido a proposta é que além do representante designado, outros profissionais com o devido registro (habilitação técnica) possam se cadastrar e serem chamados a atuar como pareceristas ou fiscais por meio de sorteio. Outros detalhes da sistemática poderia ainda ser amadurecido. A lógica da regulação difusa por meio das TIC é o foco central da moralização da escolha dos executores - o lado privado – das PPP por que evitaria direcionamentos, e corrupção no processo. A corrupção é danosa não apenas pela evasão de recursos, mas principalmente pelos impactos em qualidade e velocidade de execução de serviços públicos, sobretudo no que se refere em infraestrutura, algo que o Brasil carece por ser gargalo para o desenvolvimento econômico e social.

As instituições e profissionais pareceristas podem, por meio de um website, realizar a auditoria do funcionamento das PPP mediante o uso das tecnologias da informação e comunicação baseadas na rede Internet, também compreendidas como “ferramentas de governo eletrônico”. Para isso se elabora um conceito básico da Esfera Público-privada.

#### 4.1 Esfera Público-Privada

A esfera público-privada baseia-se na teoria do Estado fundamentada na visão de poder de Habermas<sup>67</sup> e da conformação de redes difusas potencializada pelas Tecnologias da informação e comunicação, conforme o informacionalismo de Castells<sup>68</sup>,

65 KJAER, Poul F. Towards a Sociology of Intermediary Institutions: The Role of Law in Corporatism, Neo-Corporatism and Governance, p.117-141. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2307012](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307012) > Acesso em: 10 set. 2015.

66 CORTES, Soraya Vargas; GUGLIANO, Alfredo.: Entre neocorporativistas e deliberativos: uma interpretação sobre os paradigmas de análise dos fóruns participativos no Brasil. *Sociologias, Porto Alegre, v. 12, n. 24* mai-ago. 2010.

67 HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

68 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

De fato, para Habermas<sup>69</sup>, a esfera pública se contrapõe a esfera privada no sentido de que a primeira se destaca como lugar da liberdade e da continuidade, pois “só da luz da esfera pública é que aquilo que é consegue aparecer”, pois é na troca de informação entre os diversos cidadãos que “as coisas se verbalizam e se configuram”, ademais, a exposição da coisa pública para o debate coletivo é a melhor forma de garantia contra eventuais abusos ou descasos. Na mesma linha de raciocínio prossegue o autor<sup>70</sup>, ao afirmar que uma exposição seguida de um debate decente sobre a coisa pública “é a melhor garantia, para o governo e para os súditos, contra a negligência e a má-vontade dos oficiais e burocratas, merecendo, de todos os modos, ser estimulada e protegida.”

Similar visão possui Clift<sup>71</sup>, para quem a Internet salvará a democracia de forma que acredita-se neste sentido que relações de governança difusa meio de plataformas on-line possam salvar a organização do Estado nas circunstâncias de crítica degradação atual. Neste artigo argumentamos que a e-democracia precisa ser posta em prática, não se pode atrasar a eficaz utilização da tecnologia para a administração do setor público eternamente, vide Norris<sup>72</sup>. Além disso o Conceito de e-governança – abordado por diversos autores, como por exemplo, Mukonza<sup>73</sup> é outra tendência que precisa ser posto em prática no Brasil.

Existe a tendência, entre os cidadãos leigos, em associar as PPP à privatização de ativos públicos. Isto porque, operacionalmente, há algumas semelhanças nos dois processos, mas, em especial no caso brasileiro há uma grande diferença conceitual. A vantagem para o Estado das PPP, de acordo com a lei brasileira, é que a propriedade do bem público é assegurada ao Estado ao fim do projeto. E projeto, por sua vez, significa uma atividade que possui um prazo determinado. Desta forma, ainda que o controle das atividades seja delegado ao setor privado a propriedade é pública no longo prazo. Por estas razões, doravante buscar-se-á delimitar o conceito da esfera público-privada, a ser aplicado no período em que projetos de PPP estejam em andamento, contribuindo ao debate e ao esclarecimento desta situação.

Os conselhos profissionais, organizações não governamentais, podem, no exercício de seu papel institucional, designar técnicos para avaliação dos projetos por meio da própria Internet, bem como cidadãos interessados (e qualificados tecnicamente) em uma determinada área que seja objeto de uma PPP. Assim, imagina-se um Conselho (grupo técnico colegiado) das PPP como sendo constituído por poucos servidores administrativos responsáveis por sintetizar os pareceres dos cidadãos e das instituições que se interessem por determinada PPP. Este conselho das PPP, por sua vez, regularia as PPP, sendo constituído como um conselho virtual e sem membros fixos. Os pré-requisitos para admissão como membro do conselho seriam: a habilitação profissional, constituída por registro em algum conselho profissional; o cadastro de pessoa física ou jurídica válido; e a assinatura digital.

Este Conselho (colegiado) atuaria da mesma forma como tipicamente atuam as comissões de auditoria, mas de modo independente e individual colocando diretamente seus pareceres no sistema on-line. A participação se daria através de pareceres enviados de forma espontânea e voluntária dentre profissionais habilitados: administradores, economistas, contabilistas, advogados, engenheiros, e áreas com as quais haja relação com o projeto em pauta. Simultaneamente deve haver seleção de pareceristas remunerados para atuação *ad hoc* por seleção por currículo. Sem membros permanentes o conselho de auditoria seria renovado

69 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.16.

70 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.104.

71 CLIFT, S. E-Governance to E-Democracy: Progress in Australia and New Zealand toward InformationAge Democracy, 2003. Disponível em: <http://www.publicus.net/articles/edempubli network.html>.

72 NORRIS, Donald F: e-government... not e-governance... not e-democracy not now!: not ever? In *Proceedings of the 4th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, p. 339-346. ACM, 2010.

73 MUKONZA, R. M.: E-governance: a new paradigm in public administration. *Journal of Public Administration* v. 49, n 2 p. 499-511, jun. 2014.

de maneira difusa<sup>74</sup>, tornando-se mais representativo e mais imune a vícios.

Além disso é interessante que existam cláusulas de intervenção do Estado na administração das PPP nas quais o conselho constate que, após relatório sintetizado pelos agentes administrativos a respeito de determinado projeto, esteja sendo prestado algum serviço de maneira inadequada.

Na sequência, a figura 1 apresenta de forma simplificada, a dinâmica imaginada para a esfera público-privada:

Figura 1 – Esfera Público-Privada



Fonte: Elaborado pelos autores, 2016.

As empresas operam regidas pelo direito privado, mas, no caso das PPP, o empreendimento, o serviço em si, ao mesmo tempo trata-se de um bem público, afinal no caso do Brasil inevitavelmente os ativos serão transferidos para o Estado, de acordo com as disposições legais de PPP, estabelecidas na já referida Lei nº 11.079, de 2004 . Por isto, sugere-se, conforme a figura 1, o entendimento da esfera público-privada como um novo conceito, pois uma organização distinta contabilmente da empresa privada é formada revestindo-se das obrigações de prestação do serviço público. A esfera público-privada significa que enquanto a Sociedade de Propósito Específico (SPE) existir, é filosoficamente possível observar nesta configuração tanto uma estatização da empresa quanto uma privatização do serviço público. Quando bem estruturada, a configuração da SPE permite que sejam compartilhados não apenas os riscos como também os retornos, de forma que há ganhos para o Estado e para a Empresa.

Em termos legais, a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) é obrigatória, principalmente para fins de controle contábil. Como o próprio nome diz, esta empresa deve ter como escopo apenas a finalidade contratada com o Estado, não podendo se envolver em outra atividade. Ainda que o ativo construído pela SPE continue a ela arrendado por tempo mais prolongado, modalidade de PPP no

74 Por exemplo, o presidente do conselho regional de administração é eleito pelos profissionais dessa categoria e assim por diante, de forma que os conselheiros indicados para composição do conselho das PPP consistiram num grupo fortemente legitimado pelo processo democrático.

Brasil legalmente caracterizada como ‘Concessão’, o ativo é conceitualmente um bem público. Ao contrário das PPP, a concessão não tem um limite máximo de tempo, podendo ser trocada a empresa que gerencia o serviço público ao fim do período do contrato. Com base nestes argumentos, sugere-se aqui que seria mais interessante para sociedade e para o governo uma alteração na lei de concessões, caracterizando-as como uma modalidade de PPP oficialmente, e por tanto submetendo-as também à fiscalização do conselho de auditoria das PPP.

A concessão pode não ser renovada caso o serviço público não apresente um desempenho ou qualidade suficiente, lembrando que, no modelo proposto neste artigo, a fiscalização será intensa, tanto pelos órgãos governamentais quanto pela fiscalização social por meio do conselho auditor.

Há, portanto, uma considerável diferença conceitual entre a privatização e o regime de PPP, pois, no caso da privatização, a propriedade dos ativos e da atividade em si é privada, enquanto na PPP a propriedade dos ativos é do setor público (pelo menos ao final do prazo contratual) e a atividade desempenhada é prerrogativa do setor público, delegando-a temporariamente à gerência privada.

Ademais, Habermas, discorrendo a respeito de relações sócio-político-econômicas, expõe uma lógica semelhante à regulação difusa. Diz o autor que a regulação dos sistemas sociais se dá por integração sistêmica. Ocorre que as redes de relações existentes na sociedade, as “constelações” de interesses envolvidos exerce grande impacto no funcionamento desse sistema. Por isso versa a respeito do planejamento do setor público da seguinte forma: “cabe investigação crítica das constelações de interesses que estão na base das estruturas normativas.”<sup>75</sup>

As relações sócio-econômico-políticas estudadas por Habermas continuam válidas, cabendo ressaltar, porém, que com o imenso avanço da comunicação, o maior nível de acesso a informação por meio da Internet leva à opinião pública tomar outra dimensão. A consequência do aumento do poder difuso é, na lógica de Habermas, tanto a possibilidade de maior democratização quanto de uma pulverização do controle das informações em diversos meios de mídia, diminuindo a confiabilidade da informação transmitida para formação da opinião pública e favorecendo a manipulação política da grande massa por parte de governos e empresas, numa situação onde “a opinião pública reina, mas não governa”<sup>76</sup>

De fato, questão da opinião pública atualmente é mais influente no processo, isto porque na sociedade em rede a difusão da informação é muito mais fluida. Além disso, o poder de resposta da sociedade a processos político-administrativos, como no caso das PPP, é muito mais forte hoje do que há vinte anos, por exemplo, vez que, atualmente, a sociedade está mais organizada na defesa dos mais diversos interesses, inclusive ecológicos e sociais, por meio de organizações sem fins lucrativos e redes sociais<sup>77</sup>.

O despertar da sociedade é de suma importância das PPP, devendo haver uma “formação de vontade” nesse sentido, consciente de que isso trará desenvolvimento e que essa situação estará bem regulamentada. Por isto o Conselho de auditoria das PPP é interessante neste contexto: ele funciona baseado em redes de interesses conflitantes entre si, mas com interesses mais ou menos convergentes em relação à regulação das atividades desempenhadas pelas PPP.

Assim destaca-se a consciência de que a viabilidade de ações a serem empreendidas pelo Estado passa pela viabilidade técnica, pela viabilidade financeira-orçamentária, pela aceitação social, pela vontade política, de forma que atualmente poucos empreendimentos estatais realmente necessários poderiam tornar-se reali-

75 HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p.174.

76 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.277.

77 ARAUJO, Thiago Souza.; MEZZARROBA, Mariana. P. ; ROVER, Jose Aires . Public Administration and the tragedy of commons in the information age: e-Government observatory to promote collective action. *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, v. 1, p. 20-51, 2016. Disponível em: <<http://busclegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34442>> Acesso em: 20 nov. 2016.

dade no curto prazo no modelo estatal vigente. Principalmente em relação à infraestrutura e fornecimento de serviços públicos de alta tecnologia ou alta especialidade, ao passo que no modelo privatizado passa-se por uma questão ética e social complicada, há serviços públicos que certos segmentos da população, assim como órgãos e instituições representando a sociedade civil organizada, não tolera como propriedade ou domínio privado.

A lógica econômica por trás do conceito da regulação difusa é a redução da possibilidade de conluio, pois quanto mais difuso o poder de decisão mais difícil a realização de negócios que não sejam de acordo com o interesse público. Com o aumento da confiança nesta modalidade de alocação produtiva, coloca-se que a questão tecnológica relacionada às tecnologias de informação e comunicação.

#### **4.2. Viabilidade tecnológica: modelo conceitual**

Formado o conceito da esfera público-privada, e colocada a importância da regulação difusa como uma forma de aumentar a segurança jurídica, por meio da estrutura de regulação difusa, apresenta-se a concepção básica do website que pode orientar a operacionalização do conceito de regulação difusa por meio de Tecnologias da Informação e comunicação. Ressalta-se que este é um modelo conceitual, com as limitações que tal condição implica. Isto quer dizer que detalhamento das soluções podem eventualmente fugir ao escopo, especialmente ante a certo grau de imponderabilidade inerente à realidade prática, mas as tecnologias e *know-how* estão disponíveis, sendo o desenho dos processos o ponto mais crítico.

A operacionalização de uma estrutura de regulação difusa das PPP aqui teoricamente proposto pode ser viabilizado alocando uma pequena equipe administrativa constituída por técnicos de carreira do serviço público federal autônomos, estáveis em sua atividade, livres de influência ou pressão política direta, bem como especialistas ad hoc. O Staff do Estado seria responsável por relatar e dar suporte operacional das decisões tomadas por voto recebido por meio de um sistema Web, ou seja, baseado em tecnologia de redes da Internet.

A utilização das tecnologias da informação e comunicação no setor público até o momento tem se baseado na ideia de prover serviços ao cidadão por meio de sistemas Web utilizando a Internet. Estas aplicações implicam em um grande avanço tecnológico no tocante à eficiência nos processos burocráticos do Estado.

Contudo, propõe-se que um avanço ainda mais significativo pode ser obtido com a interação mais direta dos cidadãos no canal inverso: do cidadão para o Estado, em outras palavras a participação ativa do Cidadão no processo de fiscalização, no caso, da esfera público-privada. O que se sugere é que a participação seja principalmente por meio de profissionais registrados de forma a buscar assegurar a participação qualificada exigindo-se habilitação do cidadão a respeito do tema relacionado à PPP (economicidade, administração dos projetos, aspectos legais relacionados, engenharia das obras, impacto social, ambiental, aspectos relacionados à saúde pública etc...).

Figura 2 – Modelo conceitual do conselho das PPPs.

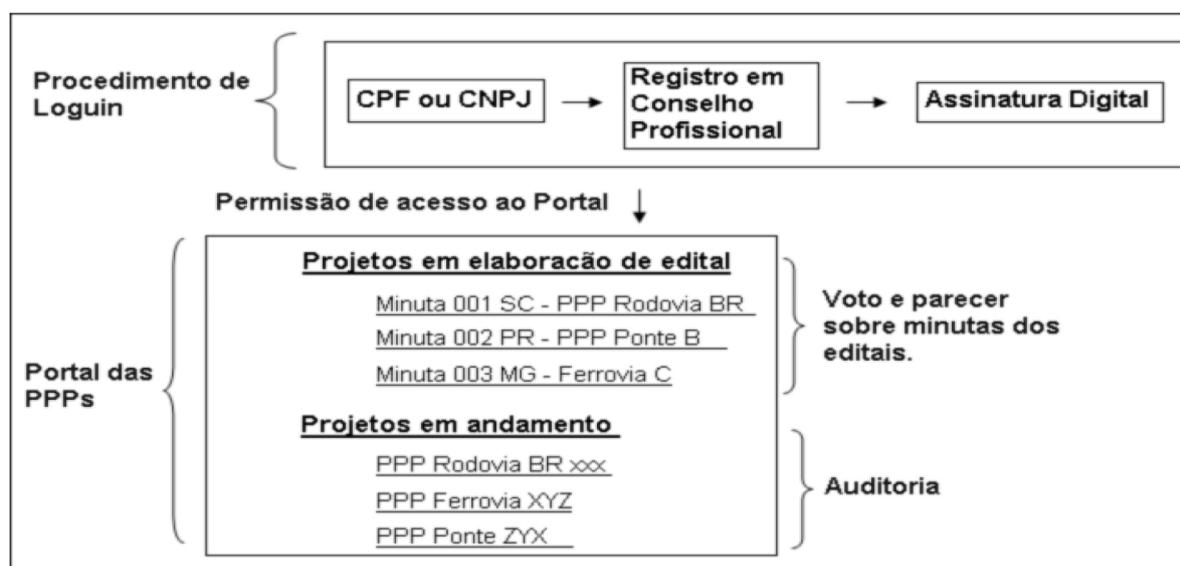


Fonte: Elaborado pelos autores, 2015.

A estrutura baseia-se em adoção de um padrão de governança corporativa. Em PPPs cujo objetivo seja um sistema prisional, provavelmente elementos de recuperação social do público atendido deva ser um fator com elevado peso no modelo de avaliação do desempenho. O papel das entidades que realizam o controle externo de forma difusa é a realização de auditorias on-line ou presencialmente com registro posterior ou em tempo real.

A especificação de requisitos básicos do sistema, que posteriormente pode ser expandido com outras funcionalidades e recursos, é apresentada a partir do fluxo de informações. O primeiro requisito de acesso ao portal é a autenticação, para primeiramente assegurar a identificação de quem está acessando e em segundo para comprovar a qualificação para participar do processo. O procedimento de autenticação, também conhecido como *login* exige três etapas indispensáveis neste caso: inserção de CPF ou CNPJ; inserção do número de registro profissional; e assinatura digital, conforme ilustrado na figura 3.

Figura 3 - Modelo conceitual do conselho das PPPs

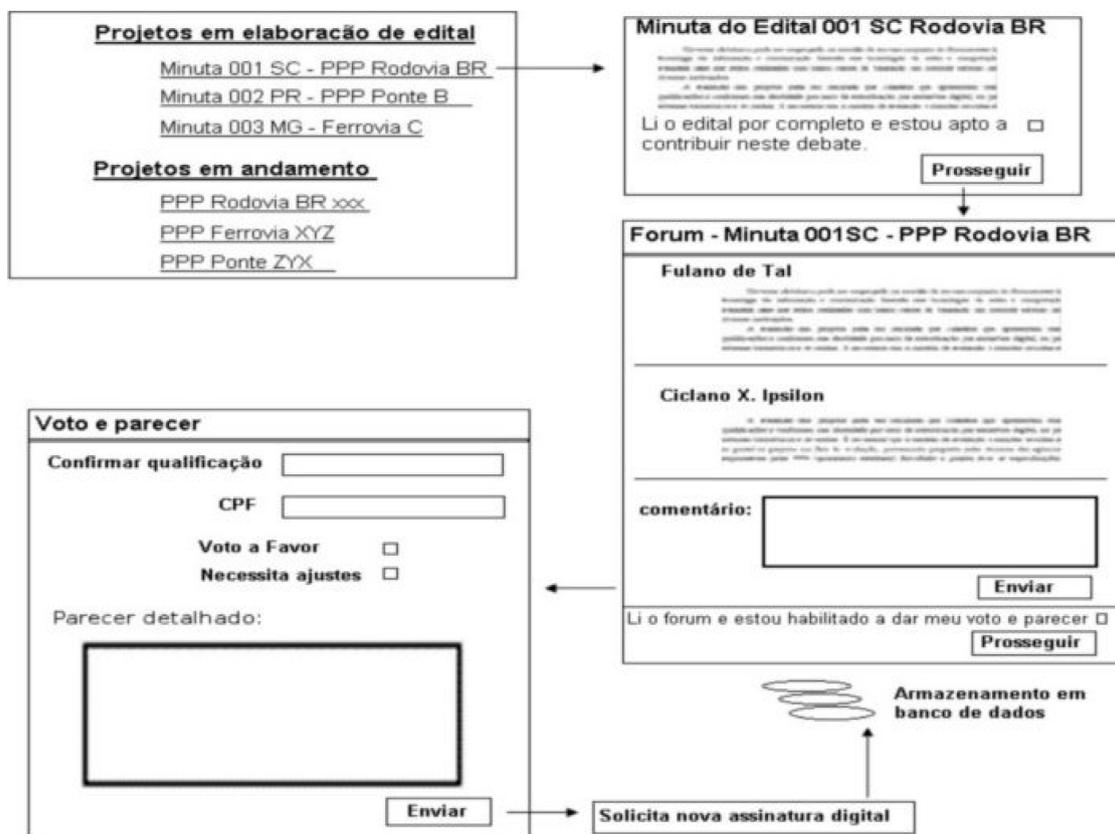


Fonte: Elaborado pelos autores, 2015.

Em seguida o sistema apresentaria projetos categorizados em duas fases: os de preparação para lançamento de edital, onde estariam as minutas dos editais a serem lançados; e projetos em andamento. Na categoria de elaboração dos editais seria requisito para acessar o fórum de debate sobre a minuta do edital ter lido o edital e também o fórum de debate sobre a minuta. As minutas dos editais seriam previamente preparadas pelos funcionários administrativos das Agências de PPP já existentes atualmente e encaminhadas para este conselho para passar por esta auditoria, neste formato de regulação difusa.

O cidadão ou representante de alguma instituição ao acessar o sistema, tanto os em fase de avaliação da minuta do edital quanto os em andamento, deve visualizar algumas opções básicas, quais sejam: um fórum sobre a PPP em questão, com cada opinião assinada digitalmente; e em seguida a possibilidade de voto quantitativo avaliativo (favorável a aprovação ou desfavorável a aprovação) seguido de um parecer técnico fundamentando o voto. O sistema deve verificar a leitura do edital, a leitura do fórum, o registro do voto e a existência da fundamentação do voto em forma de parecer técnico. Corpo administrativo então contabiliza os votos e resume os pareceres emitidos on-line para que os ajustes sejam obrigatoriamente realizados pelas agências atualmente existentes.

Figura 4 - Especificação de requisitos básicos



Fonte: Elaborado pelos autores, 2016.

O sistema de participação seria uma mescla de fórum e Wikis, já que documenta a participação realizando uma espécie de parecer colaborativo e estruturado. Este tipo de sistema implica em baixos custos de transação e um controle externo por diversas instituições, mescla conceitos de e-Gov e We-Gov.

A avaliação dos projetos pode ser realizada por cidadãos que apresentam então suas qualificações e confirmam sua identidade por meio de autenticação por assinatura digital. É necessário que o modelo de avaliação seja simples: escolhe-se no portal os projetos em fase de avaliação, previamente proposto pelos

técnicos das agências responsáveis pelas PPPs. Escolhido o projeto leem-se as especificações, avalia-se o nível de risco, o retorno proposto, e a eficiência do projeto proposto e então se vota sim ou não e na sequência justifica-se o voto. Se o projeto não for aprovado em votação precisa ser retificado para que o edital possa ser lançado.

A avaliação do risco e do retorno depende de cada situação analisada, a verificação da eficiência do projeto também. O pré-requisito para votar é a qualificação profissional ou institucional. Em um projeto de engenharia, como uma ponte ou viaduto, o Conselho Regional ou Federal de engenharia está habilitado a contestar as especificações técnicas, os Conselhos Regional ou Federal de Administração ou Economia estão habilitados a contestar os valores de risco e retorno. Podem realizar a avaliação realizando assinatura digital com o Registro do Cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ), para oficialmente indicar sua contestação. Profissionais registrados em seus conselhos profissionais também podem votar e justificar o motivo da aprovação ou reprovação do projeto.

## 5. BENEFÍCIOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

A expansão do uso do mecanismo das PPP deve ultrapassar a questão do mecanismo financeiro. Em uma primeira análise, percebem-se os benefícios sociais diretos, com o fornecimento do serviço público concedido à administração privada - sob acompanhamento e fiscalização públicos - porém os benefícios sociais indiretos podem ser muito maiores do que se pensa a primeira vista. A dinamização da economia é um benefício pouco mensurável *ex ante*, mas é muito importante como fator pró-cíclico na economia.

O envolvimento do setor privado em obras de grande porte gera integração do setor privado com novas cadeias produtivas nacionais e internacionais. O Investimento direto externo é bem-vindo num momento de crise. Se esse investimento é em obras de infraestrutura, além de gerar emprego e renda, seu produto – a infraestrutura - estimula também outros empreendimentos.

No Brasil as PPP tendem a se concentrar no setor de infraestrutura, como rodovias e ferrovias, obras que geram um efeito multiplicador, aumentando a eficiência da economia, por diminuição de custos, dentre outros. Na hipótese da duplicação e conservação de uma rodovia que atualmente encontra-se sobrecarregada e em mal estado de conservação o aumento do fluxo de automóveis e caminhões possibilita um maior fluxo de mercadorias, a um custo mais baixo.

Isso ocorre porque o custo de manutenção dos caminhões é incluso no frete. Com estradas melhores o custo de frete cai, com a estrada melhor e duplicada o tempo de viagem tende a reduzir e o frete torna-se ainda mais barato, mais empresas tendem a entrar nessa rota e assim há uma dinamização da economia com aumento dos negócios entre regiões e há um ganho pela diminuição de custos, um ganho de eficiência que tende a ser distribuído ao longo da cadeia produtiva. E este é um exemplo simples, é uma cadeia de efeitos muito mais complexa.

O estabelecimento de metas sociais pode ser um dos fatores chaves para o sucesso no aspecto social das parcerias público-privadas. Outro ponto fundamental é a auditoria e fiscalização independente que esse sistema necessita para que funcione plenamente assim como um sistema regulatório consistente e bem amarrado.

É uma forma de envolver e comprometer o setor privado em projetos de grande importância em termos de desenvolvimento social e econômico. Projetos que levem a dinamização da economia por promoverem um efeito multiplicador, que por meio da PPP pode ser viabilizado sem privatizar áreas e estruturas públicas, conjugando a posse coletiva, captando capital privado em forma de investimento direto.

Este Investimento é geralmente nacional ou nacionalizado, uma vez que os grupos internos podem captar recursos diretamente do exterior, ao invés de entregar o controle de serviços públicos a entidades privadas e estrangeiras, o que seria menos tolerável do ponto de vista da filosofia do Estado, como ocorreu no setor de telefonia móvel, por exemplo. Existe ainda a vantagem do *know how* privado ser mais flexível e com a tendência de maior eficiência quando comparado com o setor público. Assim, compartilha-se a visão de Carr<sup>78</sup>, ao afirmar que as PPPs podem prover um amplo guarda-chuva, o qual pode abrigar e proteger o interesse público ao mesmo tempo que traz um alto potencial de investimento por meio do setor privado.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que as parcerias público-privadas têm a capacidade de alocar capital privado para o desenvolvimento social e econômico se o processo for bem conduzido, gerando maior eficiência neste processo.

A falta de segurança jurídica enquanto uma das maiores barreiras foi a problemática básica para a qual se propôs a Governança e regulação difusa por meio da rede Internet enquanto forma de mitigação destes riscos. A solução apresentada sugere que todas as instituições e cidadãos interessados e qualificados possam se registrar para prestar pareceres técnicos. Prevê também um elevado nível de transparência a sociedade em geral.

Levantadas as necessidades para o desenvolvimento de uma estrutura pública que pudesse realizar esta fiscalização de forma mais isenta, baseada na possibilidade de ampla e difusa participação da sociedade e implicando em maior transparência, a proposta de estrutura de governança apresentada promove o chamado *enforcement* (promover/forçar) para que haja uma boa administração dos contratos, o que significativa redução das barreiras existentes às PPP.

O detalhamento da natureza das Parcerias Público-Privadas para o caso brasileiro e a formação de um conceito de esfera público-privada contribui para desfazer a má interpretação comum no que concerne às referidas parcerias no Brasil, esclarecendo que as PPP são distintas do processo de privatização. Destaca-se novamente que o domínio do patrimônio público no caso das PPP retorna ao Estado conforme a Lei 11.079/2004, cujas formas de operação variam de acordo com a modalidade adotada.

Ademais, se bem implementadas, as PPP podem gerar ganhos para o Estado no sentido de trazer desenvolvimento social e econômico pela melhoria na eficiência dos serviços prestados pelo Estado, pelo aumento e diversificação dos serviços prestados. Seria benéfico também para o setor privado que conta com maior acesso ao crédito e dispõe de maiores garantias.

Assim, conclui-se que as PPP podem ainda ter mais uma chance de sucesso no Brasil. Para isso a barreira da insegurança jurídica precisa ser superada. O modelo conceitual e os requisitos levantados para se criar uma estrutura pública de Governança das PPP nos moldes propostos com base na regulação difusa por meio de tecnologias da informação e comunicação é tecnicamente simples e viável. Basta agora saber se a pressão por captação de investimentos exercerá pressão suficiente para que a operacionalização destes modelos em termos de viabilidade política.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Robson B. Crescimento depende de investimentos e aumento da competitividade, diz CNI: Depoimento. [01.03.2013]. Brasília: *Agência Brasil*. Entrevista concedida a Stênio Ribeiro. Disponível em

78 CARR, Glenna. *Public-Private Partnerships: the Canadian experience*. Oxford; England, 1998.

<<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-03-01/crescimento-depnde-de-investimentos-e-aumento-da-competitividade-diz-cni>> Acesso em: 05 ago. 2015.

ARAUJO, Thiago Souza.; MEZZARROBA, Mariana. P.; ROVER, Jose Aires. Public Administration and the tragedy of commons in the information age: e-Government observatory to promote collective action. *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, v. 1, p. 20-51, 2016. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34442>> Acesso em: 20 nov. 2016

ARAÚJO, Thiago S.: *Parcerias público-privadas em Santa Catarina*: um estudo exploratório. 2007, 97fs. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

AZEVEDO, Israel Belo de. *O prazer da produção científica*. 7. ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999. 208p.

BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. 3 ed., São Paulo: Prentice Hall, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BRASIL. Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, p. 06, 31 dez. 2004

BRIOZZO, Sebastian. Baixo investimento é ponto fraco da economia brasileira, diz agência de risco: Depoimento. [15.12.2014] Rio de Janeiro: *Agência Brasil*. Entrevista concedida a Vinicius Lisboa. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2014-12/endividamento-e-investimentos-baixos-sao-pontos-fracos-avalia-agencia-de-risco>> Acesso em: 02 ago. 2015

BROADBENT, Jane; LAUGHLIN, Richard. Public private partnerships: an introduction. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, v. 16, n. 3, p. 332-341, ago. 2003 (Conceptual paper).

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. 25 ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

CARR, Glenna. *Public-Private Partnerships: the canadian experience*. Oxford; England, 1998.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CLIFT, S. E-Governance to E-Democracy: Progress in Australia and New Zealand toward InformationAge Democracy, 2003. Disponível em: <<http://www.publicus.net/articles/edempublicnetwork.html>>

CORTES, Soraya Vargas; GUGLIANO, Alfredo.: Entre neocorporativistas e deliberativos: uma interpretação sobre os paradigmas de análise dos fóruns participativos no Brasil. *Sociologias, Porto Alegre*, v. 12, n. 24 mai-ago. 2010

CRESWELL, John W.; CLARK, Vicki L. P.: *Pesquisa de Métodos Mistos: Série Métodos de Pesquisa*. Penso Editora, 2015.

DA SILVA, Reinaldo Marques. A parceria público-privada (PPP): as garantias previstas na lei 11.079, de 30/12/2004 um exame doutrinário sobre legalidade e constitucionalidade de tais garantias. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, n. 1, p. 102-128, 2014 Disponível em: < <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/5>> Acesso em: 21 nov. 2016

DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, jul-dez. 2013 Disponível em: < [http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2161/pdf\\_1](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2161/pdf_1)> Acesso em: 19 nov. 2016

FMI. Fundo Monetário Internacional. *Gross National Savings (% of GDP) Data for Year 2015, All Countries*. Disponível em: <[http://www.economywatch.com/economic-statistics/economic-indicators/Gross\\_Na](http://www.economywatch.com/economic-statistics/economic-indicators/Gross_Na)

tional\_Savings\_Percentage\_of\_GDP/2015/> Acesso em: 03 ago. 2015

GUEST, Sarah; HOWLETT, Michael. Understanding the pre-conditions of commons governance: The role of network management. *Environmental Science & Policy*, v. 36, p. 37-47, 2014 Disponível em: < [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pre\\_conditions\\_of\\_commons\\_governance.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pre_conditions_of_commons_governance.pdf)> Acesso em: 15 ago. 2015

GOLDRATT, Eliyahu M.; COX, Jeff. *A meta*: um processo de melhoria contínua. São Paulo: Educator, 1995.

HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984

HAGEN, Roulla. Globalization, university transformation and economic regeneration: A UK case study of public/private sector partnership. *International Journal of Public Sector Management*; v. 15, n. 3, 2002 Disponível em: < <http://www.emeraldinsight.com/doi/pdfplus/10.1108/09513550210423370>> Acesso em: 08 ago. 2015

HENDERSON, Hazel. Twenty-first century strategies for sustainability. *Foresight*. v. 8, n.1, 2006 (Viewpoint) Disponível em: < <http://hazelhenderson.com/2005/08/01/21st-century-strategies-for-sustainability/>> Acesso em: 17 ago. 2015

KAPLAN, Robert S. “How the balanced scorecard complements the McKinsey 7-S model.” *Strategy & Leadership*, v. 33, n. 3 p. 41-46, jun. 2005:. Disponível em: <<https://managementmodellensite.nl/webcontent/uploads/How-the-balanced-scorecard-complements-the-McKinsey-7-S-model.pdf>> Acesso em: 05 set. 2015

KJAER, Poul F. Towards a Sociology of Intermediary Institutions: The Role of Law in Corporatism, Neo-Corporatism and Governance. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2307012](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307012)> Acesso em: 10 set. 2015

LEHMAN, Glen; TREGONING, Ian. Public–Private Partnerships, Taxation and a Civil Society. University of South Australia, Australia. *The journal of corporate Citizenship*, n.15, p. 77-89, ago. 2004.

LEJANO, Raul P.; de CASTRO, Francisco F. Norm, network, and commons: The invisible hand of community. *Environmental Science & Policy*, v. 36, p. 73-85, 2014.

LINDERS, Dennis. From e-government to we-government: Defining a typology for citizen coproduction in the age of social media. *Government Information Quarterly*, v. 29, n. 4, p. 446-454, out. 2012.

LUCIO, Miguel M.; STUART, Mark. Assessing partnership: the prospects for, and challenges of modernization. *Employee Relations*; v. 24, n. 3, 2002 Disponível em: < <http://www.emeraldinsight.com/doi/pdfplus/10.1108/01425450210428426>> Acesso em: 11 jul. 2015

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 8-46, jul-dez. 2014 Disponível em: < <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2835/pdf>> Acesso em: 20 nov. 2016

MARQUES, Rui C., SILVA, Duarte. As parcerias público-privadas em Portugal. Lições e recomendações. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 6, n. 10, p. 33-50, 2008.

MILINSKI, Manfred; SEMMANN, Dirk; KRAMBECK, Hans-Jürgen. Reputation helps solve the ‘tragedy of the commons. *Nature*, n. 415, p. 424-426, 24 jan. 2002 | doi:10.1038/415424a

MEIRELLES, Helly L. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIDTTUN, Atle. Realigning business, government and civil society: Emerging embedded relational gover-

nance beyond the (neo) liberal and welfare state models. *Corporate Governance*, v. 5, n. 3, 2005 (Conceptual paper).

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista brasileira de direito público. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico [REDAE]*, Salvador, n.2, maio-jul. 2005

MUNIZ, Veyzon Campos. Recensão - Sunstein, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York: Simon & Schuster, 2013. p. 232. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n° 2, p.315-319, jul-dez 2015 Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3420/pdf>>\_1 Acesso em: 20 nov. 2016

MURCIA, Fernando Dal-Ri; Dos SANTOS, Ariovaldo. Fatores determinantes do nível de disclosure voluntário das companhias abertas no Brasil. *Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade (REPeC)* v. 3, n. 2, art. 4, p. 72-95. maio-ago 2009.

MUKONZA, R. M.: E-governance: a new paradigm in public administration. *Journal of Public Administration* v. 49, n 2 p. 499-511, jun. 2014

NORRIS, Donald F.: e-government... not e-governance... not e-democracy not now!: not ever? In *Proceedings of the 4th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, p. 339-346. ACM, 2010.

OLSON, Mancur. *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*. Cambridge, Mass, 1965.

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1990.

PEREIRA, José Matias. Políticas neoliberais, desequilíbrio macroeconômico e governabilidade: os casos do Brasil e Argentina. *Revista Observatório de la economía latinoamericana*, n. 23, abr. 2004.

PONGSIRI, Nutavoot. Regulation and public-private partnerships. *International Journal of Public Sector Management*, v. 15, n. 6, p.487-495, 2002 Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1108/09513550210439634>> Acesso em: 21 nov. 2016

PRADO, Sergio. Políticas de desenvolvimento regional e a Federação. *Informativo CNI - Desenvolvimento Regional em Foco*. ano 1, n.4, p. 01-03, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2015/07/1,44871/desenvolvimento-regional-em-foco.html>> Acesso em: 05 ago. 2015.

PROCTOR, Tony; TRAFFORD, Sue. Successful joint venture partnerships: public-private partnerships. *International Journal of Public Sector Management*, v.19, n. 2, 2006 (Research paper).

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de.: *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SCHOMMER, Paula Chies; ROCHA, Arlindo Carvalho; SPANIOL, Enio Luiz; DAHMER, Jeferson, SOUSA, Alessandra Debone de.: “Accountability and co-production of information and control: social observatories and their relationship with government agencies.” *Revista de Administração Pública* v. 49, n. 6, p.1375-1400, nov-dez. 2015

SEABRA, Isamara. *O financiamento das parcerias público privadas no Brasil*. 2012, 185fs. Dissertação. (Programa de pós-graduação em Direito), Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2012.

SCHILLEMANS, Thomas. “Accountability in the shadow of hierarchy: The horizontal accountability of agencies.” *Public Organization Review* v. 8, n. 2, p. 175-194, fev. 2008

SHUMPETER, Alois J. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

SIMONIS, Jan B.D. Institutions and the imperfect market. *International Journal of Social Economics*, v. 28, n. 3, 2001 (General review) Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1108/03068290110357681> > Acesso em: 18 nov. 2016.

TAFFAREL, Marinês, Da SILVA, Eduardo Damiano.: A cientificidade da administração em debate. *Revista Administração em Diálogo-RAD* 15, n. 3, 2015.

TINBERGEN, Jan. *Desenvolvimento planejado*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

TOFFLER, Alvin. *Powershift: as mudanças no poder*. Rio de Janeiro: Record, 1990.

WATERMAN, Robert H.; PETERS, Thomas J.; PHILLIPS, Julien R.: “Structure is not organization.” *Business Horizons*, v. 23, n. 3, p. 14-26, jun. 1980

VILLARD, Henry H. *Economic development*. New York: Holt, Rinehart and Wiston, 1960.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas.** A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional  
**Legal persons and the ownership of fundamental rights.** The corporation as an agent of enactment of social rights: introductory remarks to constitutional business law

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Patrícia Perrone Campos Mello

# **A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional\***

## **Legal persons and the ownership of fundamental rights. The corporation as an agent of enactment of social rights: introductory remarks to constitutional business law**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy\*\*

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*\*

### **RESUMO**

O ensaio explora o tema da pessoa jurídica e de sua titularidade para o exercício de direitos fundamentais. Argumenta que a efetivação de direitos sociais decorre, também, de instrumentalização das empresas para que possam melhor desempenhar suas funções, inclusive sociais. Como consequência, discute a ampliação da garantia jurisprudencial para que empresas possam atuar melhor, especialmente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal, que já se pronunciou, eventualmente, sobre a matéria, forte no argumento de que há direitos fundamentais que não se aplicam às pessoas jurídicas, por razões de ordem lógica e fatural.

**Palavras-chave:** Empresa. Direitos fundamentais. Pessoa jurídica. Direitos sociais. O papel do Supremo Tribunal Federal.

### **ABSTRACT**

The paper argues that the implementation of social rights may be enlarged by the empowerment of the corporations, so they can better fulfill their social tasks. It addresses the issue of fundamental rights as a constitutional framework for the corporations. It discusses the enlargement of constitutional guarantees in the favor of corporations, especially in the milieu of the Brazilian Supreme Court, which has already addressed the subject, strong in the argument that some fundamental rights do not apply to the corporations, for logical and factual reasons.

**Keywords:** Corporation. Fundamental rights. Social rights. The role of the Brazilian Supreme Court.

\* Recebido em 20/11/2016  
Aprovado em 20/11/2016

\*\* Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.

\*\*\* Doutora e Mestre pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro –UERJ. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.

## 1. INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

Educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados, compõem a agenda dos direitos sociais, nos exatos termos da Constituição Federal vigente<sup>1</sup>. Esse conjunto expressivo de direitos, efetivamente, representa custos, suportados boa parte das vezes pelo Estado, que depende de políticas firmes de arrecadação e de alocação de recursos<sup>2</sup>, a exemplo, especialmente, do sistema de previdência social<sup>3</sup>. O quanto de Estado que precisa ser mobilizado para a solução ótima dessas demandas é assunto que agita discussões que aproximam Economia e Direito Constitucional<sup>4</sup>.

Sob a ótica desse último, o Direito Constitucional, prevalece o dogma da supremacia da Constituição e seu principal traço distintivo, isto é, “sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema”<sup>5</sup>. Há uma força normativa<sup>6</sup> que instrumentaliza arranjos institucionais<sup>7</sup>, procedimentais, concebidos com o objetivo de concretizar, no mundo fático, determinações legislativas, que são, também, substancialmente, políticas<sup>8</sup>; as instituições importam<sup>9</sup> e, também, se definem no contexto de um Estado Constitucional de Direito<sup>10</sup>.

Ainda do ponto de vista do Direito Constitucional e da Teoria do Direito em suas linhas gerais, o ensaio parte da premissa de que a definição de fins, por parte do sistema normativo, implica na disposição de meios. Sustentamos que empresas (pessoas jurídicas) são essenciais para a efetivação de direitos sociais (fins), porque produzem, empregam, arrecadam, distribuem e, por isso, devem ser titularizadas com prerrogativas, também, inerentes às pessoas humanas, quando possível, em que pese algum dissenso, que será apresentado e enfrentado.

Predica-se dessa lógica, que é a lógica das ciências sociais aplicadas, que a inexistência de meios para a consecução de fins, no caso dos direitos sociais, implicaria a identificação dessas prerrogativas com conteúdos metafísicos de análise social e não com políticas e ações concretas. Sem políticas e ações concretas, os direitos sociais não transcendem de mera promessa política. A ordem econômica, isto é, “o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da Nação”<sup>11</sup> e os arranjos dela decorrentes, deve ser afinada com a ordem social fixada pela mesma estrutura normativa. Assim, mencionada ordem econômica, que juristas veem como parcela da ordem jurídica<sup>12</sup> (o que não se trata absolutamente

1 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

2 Nesse tema, por todos, HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights-why liberty depends on taxes*. New York, London: W. M. Norton, 1999. Trata-se de um dos mais importantes livros de Direito e políticas públicas publicado nos Estados Unidos no fim do século passado. Stephen Holmes leciona em Nova Iorque (New York University Law School) e Cass Sunstein é professor em Chicago (University of Chicago). Para esses autores, “direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos”.

3 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2011. p. 279 e ss. GIAMBIAGI, Fábio. *Reforma da previdência: o encontro marcado*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2007.

4 Conferir, também por todos, NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 173 e ss.

5 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 372.

6 A construção conceitual de força normativa da Constituição, no sentido da plena aplicabilidade do texto constitucional, é explicitada em: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

7 O tema da orientação do modelo jurídico para a construção de arranjos institucionais que resultem em uma melhora de vida para todos, especialmente no contexto do experimentalismo democrático, é explorado por UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996.

8 As relações entre direito e política, com ênfase na tese de que aquele primeiro é o resultado direto e empírico desta última são explorados por UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. Para uma crítica e um contraponto, ALTMANN, Andrew. *Critical legal studies: a liberal critique*. New Jersey: Princeton University Press, 1993.

9 NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

10 Conceito desenvolvido por BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 243 e ss.

11 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37.

12 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68 e ss.

de consenso doutrinário<sup>13</sup>) deve contar com fórmulas e mecanismos que propiciem a realização da ordem social pretendida pela política dominante e traduzida na Constituição.

Direitos sociais previstos no texto constitucional se realizam na proporção e razão diretas da eficiência do ambiente econômico. Há vínculo entre determinação constitucional e aspectos materiais da vida real. A opção pela fundamentação da República nos parâmetros de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa<sup>14</sup> sugere aproximação entre categorias de justiça social e de livre mercado<sup>15</sup>, com alguma preponderância pela atuação do tomador de riscos, isto é, do empresário<sup>16</sup>, que é quem exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços<sup>17</sup>, também por intermédio de uma empresa. Há deveres sociais a serem prestados pelas empresas, naturalmente na pessoa de seus controladores<sup>18</sup>.

A empresa é entidade que atua no regime de livre mercado, comprando, vendendo, contratando, lucrando, perdendo, recolhendo tributos, movimentando a economia, em ambiente de trocas contínuas: o mercado. A definição de mercado é hierática; o mercado é mencionado como um sujeito, anônimo, independente da vontade de alguém, dotado de personalidade marcante, cuja vontade não se contraria<sup>19</sup>; justifica ações governamentais, influencia na tomada de decisões das pessoas. É o ambiente no qual a empresa protagoniza seu papel no mundo econômico.

Para que possa se empenhar na realização dos fins fixados pela Constituição, relativos aos direitos sociais, a empresa contemporânea deve temperar sua busca pela lucratividade, ainda que seu objetivo fundamental seja o lucro<sup>20</sup>, pautando linha de atuação em ambiente de intensa colaboração com a sociedade; é condição de sobrevivência. Trata-se da função social da empresa<sup>21</sup>, de quem se espera que gere empregos, produza bens e serviços, recolha tributos e comprometa-se com uma agenda ambiental, tornando-se, também, agente de internalização de externalidades negativas, pelas quais muitas vezes é responsável.

O pleno desenvolvimento da empresa demanda, por sua vez, ambiente regulado de modo eficaz, com baixo custo de conformidade e com ampla deferência para com a segurança jurídica e para com o cumprimento dos contratos. O fim da empresa, além do lucro do empresário, é, também, a pessoa humana que nela trabalha, ou que dela compra, ou que dela depende, ou que para ela fornece, ou que a ela fiscaliza, deve o modelo propiciar meios para que esses fins possam ser alcançados. Analogicamente, a pessoa humana tem o direito potestativo de perseguir fins, como o bem-estar ou a felicidade e por isso é dotada de direitos fundamentais, que radicam, em sua dignidade intrínseca, deve a empresa (que é uma pessoa moral, coletiva ou jurídica), também, titularizar esses direitos, ou parcela deles, pelas mesmas razões, ainda que por via oblíqua. É este o tema do presente ensaio.

Com esse objetivo iniciamos com um esforço de síntese conceitual sobre a pessoa jurídica, que é o arranjo institucional em torno do qual se organiza uma empresa. Em seguida, buscamos um conceito contemporâneo de empresa, a partir de Alberto Asquini, e nos termos do atual Código Civil e do Projeto de

13 Por todos, firme na tese de que a Economia é que informa o direito, sob a ótica do pragmatismo norte-americano. POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

14 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

15 Assunto explorado, entre outros, por SUNSTEIN, Cass R. *Free markets and social justice*. New York: Oxford University Press, 1997.

16 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. xi.

17 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

18 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 35 e ss.

19 FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 134.

20 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43.

21 LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Novo Código Comercial que se discute no Congresso Nacional. No próximo passo, identificamos a agenda da dogmática dos direitos fundamentais, com foco na explicitação de quais poderiam de fato ser aplicados à atividade empresarial, a exemplo da liberdade de expressão comercial.

Concomitantemente, apresentamos uma rápida síntese do problema no direito comparado, exemplificativamente, e com muita concisão, em Portugal, na Alemanha e nos Estados Unidos. Apresentamos a questão na doutrina brasileira e, por fim, antes da sinopse conclusiva, identificamos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que, de algum modo, problematizam as premissas com as quais trabalhamos.

Entendemos que as empresas são essenciais para a efetivação de direitos sociais e que, por isso, devem ser instrumentalizadas para melhor perseguirem seus fins. Uma forma de se efetivar essa instrumentalização é a garantia de titularidade de direitos fundamentais, levando-se em conta, contudo, algumas impossibilidades intrínsecas, decorrentes da própria natureza das pessoas morais ou coletivas.

## 2. A PESSOA JURÍDICA E A EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

Disposições sobre as pessoas jurídicas estão fixadas na Parte Geral do Código Civil, no Livro referente às pessoas, em título próprio. Define-se que as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado<sup>22</sup>. Na construção do pensamento jurídico brasileiro, em obra originariamente publicada no século XIX, definiu-se pessoa jurídica como segue, com respectivas alterações ortográficas:

O sujeito de direitos, ou o ente capaz de adquirir e exercer direitos, é a pessoa. Mas a pessoa pode ser criada pela natureza ou pela lei. Daí vem a sua classificação em duas ordens: I - as pessoas naturais; II - as pessoas jurídicas. As primeiras os juristas costumam denominar físicas, ou individuais, e *Ulpiano* as chamava *singularis persona*, por oposição a *populus*, cúria, *colegium corpus*. As segundas igualmente se denominam morais, abstratas, fictícias ou civis.<sup>23</sup>

Para os efeitos do presente trabalho, o interesse recai sobre as pessoas jurídicas de direito privado<sup>24</sup>, que detêm capital próprio e atuam no ambiente da iniciativa privada. A empresa, enquanto pessoa jurídica de direito privado, é parte de um esquema organizacional que sustenta conteúdos operacionais de livre concorrência, de propriedade privada e de sua função social, enquanto atributos da ordem econômica determinada pela Constituição<sup>25</sup>.

Assuntos como livre iniciativa e ordem econômica, que são centrais para a compreensão da inserção institucional das empresas, foram debatidos intensamente no Supremo Tribunal Federal, entre outros, quando se discutiu o tema da meia-entrada, em favor de estudantes de primeiro, segundo e terceiro grau. Naquela ocasião entendeu-se que a livre iniciativa não seria titulada apenas pela empresa, mas também pelo trabalho, ambiente no qual algum dissenso deveria ser composto à luz do interesse da coletividade<sup>26</sup>.

22 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

23 RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 265.

24 Ainda que essas, bem entendido, também ser a forma organizacional e estrutural de pessoas jurídicas que ordinariamente seriam de direito público. Ver parágrafo único do art. 41 do Código Civil de 2002.

25 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1950/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 3 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762633/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1950-sp>>. Acesso em: 14 nov. 2016. Ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. mercado. Intervenção do Estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 E 217, § 3º, da Constituição do Brasil. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Es-

A ordem civil contempla pessoas jurídicas de direito privado organizadas em forma de associações, de sociedades, de fundações, de organizações religiosas, de partidos políticos, bem como as empresas individuais de responsabilidade limitada<sup>27</sup>. A existência legal dessas pessoas inicia-se com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro<sup>28</sup> todas as alterações por que passar o ato constitutivo<sup>29</sup>.

O direito brasileiro contemporâneo mitigou o dogma da responsabilidade limitada do sócio<sup>30</sup>, especialmente se comprovados o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial<sup>31</sup>. Nesses casos, dispõe o Código Civil, que:

Pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.<sup>32</sup>

Por fim e o que mais importa no presente trabalho, dispôs-se que se aplica às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade<sup>33</sup>.

Deve-se definir, com alguma precisão, a amplitude da titularidade de direitos, por parte das pessoas jurídicas, porquanto não há dúvidas ou dissensos quanto a aspectos obrigacionais, resolvidos inclusive com a responsabilização do sócio, como anotamos no parágrafo anterior. Percebe-se na construção do conceito, ainda no século XIX, alguma visão realista, no sentido de que há prerrogativas que simplesmente não podem ser de titularidade de pessoas não naturais: a lei é o limite de reconhecimento e de atribuição de direitos, na hipótese das pessoas fictícias. Seguimos como Conselheiro Ribas, e mais uma vez com as adaptações ortográficas necessárias:

A personalidade natural é um fato independente da lei, e que lhe é imposto; fato que ela apenas reconhece e regula [...] A personalidade jurídica, pelo contrário, somente existe em virtude de lei; mas esta, criando-a, não pode dotá-la de plena capacidade de que as pessoas naturais são suscetíveis. Com efeito, a personalidade jurídica é essencialmente restrita; somente estende-se ao direito dos bens, e não pode compreender o de família, porquanto as relações de família pressupõem fatos realizados apenas por pessoas naturais, e tem a sua razão eficiente no destino do homem, da pessoa natural [...].<sup>34</sup>

tado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.

27 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

28 O registro declarará: I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores; III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo; V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso. BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

29 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

30 Assunto explorado por SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, Fundação Getúlio Vargas, 2014.

31 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

32 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

33 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

34 RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 332.

A pressuposição de que apenas fatos realizados por pessoas naturais justificam a titularidade de direitos, por parte de pessoas naturais, não reflete a também necessária compreensão de que pessoas jurídicas se prestam para realizar objetivos que se refletem nas pessoas naturais<sup>35</sup>. Na visão de um jurista típico de ambiente pré-capitalista, de sociedade agrária e escravista, monocultora e exportadora de *commodities* (como era o Brasil do século XIX), as pessoas jurídicas de direito privado se dividiam em corporações, subdivididas em *pias*<sup>36</sup>, *industriais* e *sodalícias*; o reconhecimento da capacidade dessas pessoas jurídicas para que atuassem em juízo de alguma forma assinalava que se intuía a instrumentalidade desse arranjo organizacional:

A capacidade, concedida às pessoas jurídicas, de pouca eficácia seria, se elas não pudessem comparecer em juízo, para vindicar os direitos lesados ou defender-se de injustas pretensões alheias. Assim, é-lhes geralmente reconhecido o direito de comparecerem em juízo como autoras ou rés nas ações reais, ou pessoais, relativas a direitos ou bens, únicos para que foram instituídos<sup>37</sup>.

Na percepção de autor contemporâneo, tem-se o reconhecimento pleno dessa instrumentalidade da pessoa jurídica, especialmente com ênfase em recursos analógicos, nos sentido de que pessoas jurídicas realizam desejos e objetivos de pessoas humanas, o que, do ponto de vista lógico, pode encetar alguma tautologia:

A pessoa jurídica é [...] um conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica. Por analogia com as pessoas físicas a ordem jurídica disciplina o surgimento desses grupos, reconhecendo-os como sujeitos de direito. Sua razão de ser está na necessidade ou conveniência de as pessoas naturais combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades de cada um dos interessados por ultrapassarem o limite normal de sua existência ou exigirem a prática de atividades não exercitáveis por eles. Organizam-se, assim, de modo unitário, pessoas e bens, com o reconhecimento do direito que atribui personalidade ao conjunto que passa a participar da vida jurídica<sup>38</sup>.

Tem-se, dessa forma, insistência para com vínculos entre pessoas humanas e pessoas jurídicas, no sentido que essas últimas, apenas, instrumentalizam a ação daquelas primeiras. Isto é,

[...] enquanto a pessoa natural é o próprio homem, no exercício de suas atividades individuais, a pessoa jurídica é um grupo social, um aglomerado de homens, entre os quais se estabelece um vínculo de natureza diversa, conforme as finalidades que o grupo se propõe.<sup>39</sup>

A pessoa jurídica existe na medida em que permite que pessoas humanas desenvolvam suas atividades. Além de objetivos individuais, que se exaurem na existência da vida humana, há objetivos coletivos, que transcendem existências particularizadas e que se realizam nas pessoas jurídicas; estas - pessoas jurídicas - prestam-se para a realização de interesses coletivos e permanentes, razão pela qual são dotadas de personalidade<sup>40</sup>. A pessoa jurídica, resumindo, é “[...] ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos”<sup>41</sup>.

A conceituação de empresa é tipologia normativa que se reporta ao Código Civil Italiano de 1942. Essa referência, em primeira vista, identificaria historicamente o conceito de empresa como arranjo institucional do fascismo.

35 A personalidade jurídica de uma sociedade, ponto de influxo concreto da atuação de uma pessoa jurídica, é percepção aceita no século XVIII, quando se admitiu a existência da *persona ficta sine intellectualis*. No entanto, a justificação da pessoa jurídica seguia conceitualmente desde o século XIII, com a teoria da ficção, que radicava no direito canônico, e que grande aceitação teve na Alemanha e na França. Savigny, no século XIX, impugnou essa ficção, firme no convencimento de que a vontade é característica do ser humano, e não de um ser artificial. Uma variável da doutrina ficcionista se desenvolveu na Alemanha, centrada na ideia de que uma pessoa jurídica é afetada existencialmente a seu patrimônio; é a doutrina do patrimônio-fim. As teorias da ficção foram superadas pelas teorias realistas, sobretudo a partir da doutrina organicista, difundida por Otto von Gierke. Nesse tema, por todos, ROSAS, João Grandino. *Sociedade comercial e estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

36 As corporações piás eram divididas em religiosas, beneficentes e literárias. As corporações religiosas eram dívidas em ordens monásticas, irmandades, confrarias e cabidos. RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 343.

37 RIBAS, Joaquim, *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 343.

38 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 331-332.

39 DANTAS, Francisco San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1977. p. 206.

40 É a lição de FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano: dottrine generali*. Roma: Athenaeum, 1921. v. 1. p. 597-598.

41 MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 232.

Toda percepção ideológica de empresa decorreria de categorias autoritárias, intervencionistas, orientadas para a realização de objetivos corporativistas. O Estado corporativo e o direito trabalhista de Mussolini que foram transpostos para a ordem normativa da Era de Vargas<sup>42</sup> seriam, nessa linha de raciocínio, os pontos de convergência da definição de empresa. No Código Italiano, o ponto de partida do ordenamento comercial era o empreendedor, definido como aquele que exercitasse, profissionalmente, atividade econômica organizada com o objetivo da produção ou da troca de bens ou serviços<sup>43</sup>.

No entanto, argumenta-se, a definição e o modelo do Código Italiano de 1942 teriam se afastado dessas premissas políticas; há méritos técnicos na construção desse texto de lei, situação potencializada pelo processo de redemocratização que os italianos viveram a partir da queda de Mussolini<sup>44</sup>. Assim, e historicamente, empresa é organização de capital e de trabalho; presentemente deve se acrescentar a inteligência aplicada (tecnologia), a organização e os insumos<sup>45</sup>; a empresa é, de qualquer modo, “[...] um dos componentes fundamentais da economia contemporânea, instrumento imprescindível para a realização das atividades mercantis e industriais em massa”<sup>46</sup>. Não se pode dissociar o conceito de empresa do conjunto tipológico dos atores econômicos e sociais contemporâneos.

Na formulação originariamente proposta por Alberto Asquini, a empresa se identificaria a partir de quatro perfis básicos: “o subjetivo (o empresário), o objetivo ou patrimonial (o estabelecimento), o funcional (a atividade) e o corporativo ou institucional (as relações trabalhistas)”<sup>47</sup>. Asquini enfatizou a necessidade de se centrar a empresa na figura do empresário, cuja natureza e perfil defende que deveriam ser melhores estudadas<sup>48</sup>.

No Brasil, a intuição de que o conceito de empresa, também, radica em regime de exceção é, de alguma forma, intrigante. Isto porque o projeto do novo Código Civil se relaciona a um convite feito em 1969 a Miguel Reale, por parte do então Ministro da Justiça do Governo Militar, Gama e Silva. A confecção, a discussão e a recepção do Código Civil de 2002, no entanto, qualificam um novo rumo. É expressivo que a livre iniciativa e a livre concorrência informam nova ordem econômica, sugerindo pontos de interpretação que devem ser compreendidos também no contexto da função social da propriedade<sup>49</sup>, o que sugere novo paradigma jurídico e institucional, que, inegavelmente, se afasta de formulação pretensamente autoritária.

Presentemente, o empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”<sup>50</sup>, excluindo-se quem exerça “[...] profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se

42 As linhas ideológicas desse modelo, em sua versão brasileira, podem ser exploradas por VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. p. 760 e ss. CAMPOS, Francisco. *Antecipações à reforma política*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1940 e CAMPOS, Francisco. *Pareceres do consultor-geral da república*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1952.

43 No original: Art. 2082 Imprenditore - E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata [...] al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi [...].

44 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

45 PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118.

46 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 196.

47 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria geral do direito comercial: introdução à teoria da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 160. O texto seminal de Alberto Asquini, *Profili dell'impresa*, foi publicado no volume 41 da Rivista del Diritto Commerciale, em 1943, traduzido para o português por Fábio Konder Comparato e publicado na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 104. Isto é, o texto de Asquini foi traduzido para o português mais de 50 anos depois de originariamente publicado. ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1966.

48 ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1966. p. 125.

49 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

50 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

o exercício da profissão constituir elemento de empresa”<sup>51</sup>. Deve-se ter em mente o sentido duplo que a palavra empresário carrega no Código Civil. Simultaneamente, é quem obtém registro na Junta Comercial, na qualidade de empresário; nesse caso, tem-se o empresário individual; bem como se refere à sociedade empresária, isto é, uma pessoa jurídica<sup>52</sup>.

A partir da fixação normativa do conceito de empresário, que se construiu uma compreensão doutrinária de empresa, no sentido de que,

A empresa é uma organização de pessoas, bens e atos voltada para a produção e circulação de mercadorias ou serviços destinados ao mercado, com o fim de lucro e sob a iniciativa e o comando de dado sujeito de direito, o empresário.<sup>53</sup>

A definição alcança, prioritariamente, a ideia de *organização*, aproximando pessoas (aspecto subjetivo), bens (aspecto objetivo) e atos (aspecto volitivo), com destino certo, o mercado e a busca do lucro (aspectos econômicos), sob o comando do empresário, que é quem enfrenta os riscos, suporta as perdas e contabiliza os ganhos (aspectos negociais).

Assim, o empresário, é o “[...] sujeito de direito [que] ostenta como características primordiais a iniciativa e o risco”<sup>54</sup>. Rigorosamente,

A empresa, em si mesma, não tem personalidade jurídica, de maneira que uma pessoa, o empresário, manifesta sua vontade e comanda toda a atividade empresarial, assumindo obrigações e auferindo créditos.<sup>55</sup>

Esse empresário individual, pessoa física, será a contrapartida de imaginário empresário coletivo<sup>56</sup>, pessoa jurídica, retomando-se e reafirmando-se a clássica dicotomia do direito brasileiro, cindido em pessoas físicas (naturais) e morais (jurídicas).

Transita na Câmara Federal um projeto de lei que dispõe sobre um novo Código Comercial<sup>57</sup>. No projeto não se contempla a aceção de empresa, definindo-se apenas o empresário, na tradição do Código Civil Italiano de 1942 e do Código Civil Brasileiro de 2002. Nesse sentido, empresário é a pessoa natural que explora profissionalmente uma empresa ou a sociedade que adote qualquer um dos tipos sociais regulados pelo Código<sup>58</sup>. Mencionado projeto de lei, também, cuida do registro público das empresas, dispõe sobre empresário individual, regula o exercício da empresa em regime fiduciário, bem como trata do estabelecimento empresarial. Ao invés da definição de empresa, optou-se pela fixação de um conceito de estabelecimento empresarial, isto é, na linguagem do projeto, “o complexo de bens organizado pelo empresário para a exploração da empresa”<sup>59</sup>.

Apresentadas as linhas gerais que identificam a pessoa jurídica e a empresa, seguimos com uma também sumária descrição da agenda dos direitos fundamentais e sua projeção na atividade empresarial, inclusive com referência ao direito estrangeiro.

51 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

52 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 6.

53 BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Comentários ao art. 966 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2010. p. 972.

54 BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Comentários ao art. 966 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2010. p. 973.

55 BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Comentários ao art. 966 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2010. p. 973.

56 BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Comentários ao art. 966 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2010. p. 973.

57 BRASIL. *Projeto de Lei n. 1.572 de 2011*. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

58 BRASIL. *Projeto de Lei n. 1.572 de 2011*. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

59 BRASIL. *Projeto de Lei n. 1.572 de 2011*. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

### 3. A DOGMÁTICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Direitos fundamentais, em princípio, porque justificados pela dignidade da pessoa humana, seriam de titularidade apenas de pessoas humanas. Entre os vários marcos fundantes dessa premissa, por exemplo, e do ponto de vista de uma história muito recente, retoma-se, entre outros, o esforço alemão de reerguimento, sobretudo moral, ocorrido após o fim da segunda guerra mundial. No plano jurídico, esse esforço se desdobrou na construção de um texto constitucional (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) e na atuação de um tribunal com funções de controle e monitoramento da então denominada Lei Fundamental.

Houve então forte influência dos países aliados que, então, ocupavam a Alemanha Ocidental, e que apostavam no processo de reunificação como contrapeso à influência soviética no contexto geopolítico europeu. A dogmática dos direitos fundamentais é, também, marcada pela atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que exerce preponderante influência em várias cortes constitucionais (a exemplo do Brasil, de Portugal, da Itália, da Espanha e da Colômbia), bem como nas concepções doutrinárias de alguns constitucionalistas brasileiros<sup>60</sup>, que estudaram na Alemanha. De alguma maneira, retomou-se o filogermanismo da Escola do Recife, emblemático em autores como Silvio Romero, Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua, ainda que, naturalmente, em outro contexto, por outras razões, e em dinâmica de influência absolutamente distinta.

A construção do texto da Lei Fundamental alemã se deu em ambiente histórico marcado por intensa complexidade, no qual os aliados vitoriosos formularam várias estratégias para a resolução de um *problema alemão*. A oposição entre os comandos da *zona soviética* e das áreas de ocupação ocidental, com a consequente emergência de duas Alemanhas, bem como o subsequente contexto da guerra fria, são indicativos de um ambiente marcado pela insegurança institucional, que influenciou fortemente os autores da Lei Fundamental. O agente definidor da reação civilizatória se desdobrou na construção do texto constitucional alemão de 23 de maio de 1949 e na criação de um tribunal defensor do núcleo e do vetor desse texto constitucional: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”, isto é, “*a dignidade da pessoa humana é inviolável*”.

O Tribunal Constitucional Federal, bem como a doutrina juspublicista alemã do pós-guerra, *podem* qualificar arranjos institucionais e conceituais que de algum modo resgatam o legado civilizatório da tradição alemã, absolutamente contestado por conta da barbárie que caracterizou a era nacional-socialista. Assim, à concepção clássica de *era dos direitos*<sup>61</sup>, *pode-se* acrescentar ingrediente histórico que nos indica acidente e desvio de rota, corrigidos pela jurisprudência e por um texto constitucional.

Não é essa, no entanto, a única trajetória de afirmação do conceito de dignidade da pessoa humana<sup>62</sup>. O curso e o movimento da afirmação dos direitos fundamentais é produto histórico também de várias outras experiências, entre as quais se aponta a experiência histórica brasileira, na qual, “o preço da liberdade passou a ser a eterna resistência, cidadela da lucidez sitiada por um poder que se abastilhara, absoluto e avassalante”<sup>63</sup>. A centralidade dos direitos na figura humana propriamente dita, também decorre da,

[...] revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza.<sup>64</sup>

60 MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.; SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

61 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

62 Para uma síntese de exploração dessa trajetória, conferir, SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias, metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Para uma compilação e exploração dos textos fundantes dos direitos humanos: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

63 BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. xii.

64 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

Esse reconhecimento, isto é,

Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório [...] trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão [...].<sup>65</sup>

Fixa-se, assim, um constitucionalismo moralmente reflexivo<sup>66</sup>, centrado, evidentemente, na pessoa humana.

A pessoa jurídica, e não há outra forma de entendê-la nesse tema, é arranjo institucional que tem por finalidade atender a necessidades humanas. A pessoa jurídica não tem essência distinta, independente, a ponto de não necessitar da pessoa humana para concretamente existir. Pessoas jurídicas somente existem porque há pessoas humanas. Essa obviedade, também, se traduz na admissão de que pessoas jurídicas sejam detentoras de direitos fundamentais, exatamente, e na medida, em que são expressões da existência das pessoas humanas. Desse modo:

Em rigor, só os indivíduos poderiam ser titulares (sujeitos ativos) de direitos fundamentais, pois a dignidade humana que os fundamenta só vale para as pessoas físicas (as únicas pessoas humanas) e não para as pessoas jurídicas ou coletivas. Porém, apontam-se algumas compressões ou mesmo limitações em relação a este elemento, que resultariam da existência dos direitos de exercício coletivo e, sobretudo, da titularidade de direitos fundamentais por pessoas coletivas<sup>67</sup>.

Deve-se, assim, aferir-se, nos vários casos concretos, se o exercício dessa titularidade seria, efetivamente, possível. Precisa-se averiguar como efetivamente pessoas jurídicas exerceriam direitos civis e políticos (liberdades de locomoção, de crença religiosa, de expressão, de voto, de profissão), direitos econômicos, sociais e culturais (direitos trabalhistas, previdenciários, de saúde, à educação) ou direitos difusos (meio ambiente, paz, desenvolvimento, direito ao patrimônio comum da humanidade)<sup>68</sup>. Essa é a conclusão que se ampara, inclusive, com recorrente referência doutrinária. Nesse sentido:

[...] recepcionada pelo direito brasileiro a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais (físicas ou singulares) não são titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles direitos que lhes são aplicáveis por serem compatíveis com a sua natureza peculiar de pessoa jurídica, além de relacionados aos fins da pessoa jurídica, o que, todavia, há de ser verificado caso a caso. Neste particular, também ao direito constitucional brasileiro é aplicável, [...] a lição de Jorge Miranda, no sentido da inexistência de uma equiparação entre pessoas jurídicas e naturais, visto que se trata, em verdade, de uma espécie de cláusula (no caso brasileiro, de uma cláusula implícita) de limitação, designadamente de limitação da titularidade aos direitos compatíveis com a condição de pessoa jurídica<sup>69</sup>.

Os limites que há para que pessoas jurídicas exerçam os direitos fundamentais em sua plenitude decorrem de sua inexistência biológica<sup>70</sup>, isto é, “se as pessoas jurídicas têm direito à privacidade, à ampla defesa e à propriedade, por exemplo, por óbvio não tem direito à saúde”<sup>71</sup>. É essa, por exemplo, a lógica da Constituição de Portugal, que, na parte referente aos direitos e deveres fundamentais, em passagem sobre o princípio da universalidade, relativo aos cidadãos, também dispõe que “as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”<sup>72</sup>. A concepção de universalidade, nesse contexto, remete o intérprete a um liame de subjetividade, que vincula pessoas físicas (humanas) e pessoas jurídicas (empresas, para os efeitos do presente estudo).

65 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias, metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 15.

66 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 101 e ss.

67 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 123.

68 Para uma análise dessas tipologias: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

69 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 230.

70 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 58.

71 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 59.

72 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

De igual modo, essa é a fórmula utilizada pela Constituição da Alemanha, que também dispõe que “os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas”<sup>73</sup>. A pessoa jurídica e, no presente caso, a empresa, é figura dominante da economia capitalista, pelo que excluí-la da possibilidade da titularidade de direitos fundamentais revela algum contrasenso. Por uma questão de absoluta incompatibilidade fática, das pessoas jurídicas, devem-se excluir, “[...] os direitos estritamente pessoais, os direitos políticos principais e os direitos sociais, que são inseparáveis da personalidade singular”<sup>74</sup>. Pode-se apresentar um balanço da situação, como segue:

[...] as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas, desde que o exercício de um direito seja compatível com as peculiaridades estruturais da pessoa jurídica e, principalmente, com a sua inexistência biológica. Não se pode pensar que uma pessoa jurídica venha a exigir a proteção de sua integridade corporal ou pedir o pagamento de um salário-mínimo e o oferecimento de oportunidades de lazer. Mas não há óbice para que a pessoa jurídica possa exercer o direito de propriedade ou de reivindicar o sigilo de correspondência<sup>75</sup>.

Afirma-se um caráter final da personalidade jurídica do homem e um caráter instrumental da personalidade jurídica da pessoa moral ou coletiva<sup>76</sup>, também porque:

[...] as pessoas coletivas privadas são construções dos homens indispensáveis à sua atuação nos diversos domínios da vida, de modo que o livre desenvolvimento da personalidade [...] depende de uma complexa rede de relações sociais e econômicas, que se processam em grande medida através dessas construções humanas.<sup>77</sup>

Desse modo, a ofensa à titularidade de direitos fundamentais da pessoa jurídica é uma afronta também direta às pessoas humanas, porquanto essas últimas partilham direitos com aquela primeira, que os instrumentaliza. Trata-se de um “*alargamento teleológico*” da previsão constitucional (portuguesa) que imputa direitos e deveres a pessoas humanas<sup>78</sup>.

Insistimos que esse “*alargamento teleológico*” deva ser substancializado, sobretudo jurisprudencialmente. A influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado<sup>79</sup> não se resume na construção de uma agenda estatal não interventiva. Pode-se fortalecer a empresa, em sua esfera de atuação, justamente para que o escopo de obtenção do lucro e efetivação de direitos sociais possa ser estabilizado por uma conjunção de fatores, que realizem premissas constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana. É desse aspecto jurisprudencial que tratamos em seguida.

#### 4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PESSOAS JURÍDICAS

Ao que consta, o STF, ainda, não foi questionado, diretamente, a respeito da titularidade de direitos fundamentais, por parte de pessoas jurídicas. Há súmula de jurisprudência aprovada em 13 de dezembro de 1963, que fixou, em forma de verbete, que pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. Não se cogitaria, assim, de uma empresa propondo a mencionada ação, o que de plano evidencia tradição jurisprudencial de limitação de prerrogativas de pessoas jurídicas. Mais recentemente, há conjunto de decisões

73 ALEMANHA. *Constituição da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

74 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 125.

75 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 97.

76 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 126.

77 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 127.

78 Para esse conceito de “*alargamento teleológico*” conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 558 e ss.

79 Nesse tema, por todos: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 52 e ss.

nas quais o assunto é por vezes central, e por vezes periférico. Nesse contexto, o tema emergiu, basicamente, em quatro situações, de peculiaridade diversa.

A relação entre direitos fundamentais e pessoas jurídicas foi tratada, entre outros, i) em habeas corpus que tinha como pano de fundo a prerrogativa do uso do remédio, por parte de empresas<sup>80</sup>, ii) em agravo regimental que cuidava da possibilidade do uso de assistência judiciária gratuita, também por parte de pessoas morais<sup>81</sup>, iii) em mandado de injunção no qual Município enfrentava o Congresso Nacional<sup>82</sup> e iv) em ação direta de inconstitucionalidade na qual se discutiu, entre vários tópicos, a possibilidade de pessoas jurídicas financiarem campanhas eleitorais<sup>83</sup>. São assuntos distintos, nos quais há, de fato, uma sutil convergência de problemas jurídicos.

Pode-se especular de uma construção de precedentes<sup>84</sup>, com indicação de uma *ratio decidendi* que poderia informar e pautar discussões presentes e futuras. Nesse sentido, há indicativos de que o STF corrobora essa titularidade, mitigada, no entanto, inclusive de pessoa jurídica de direito público, como se indicará, ainda, que com limites bem definidos. Exemplifica-se com a impossibilidade do financiamento de campanhas políticas por parte de pessoas jurídicas, em contexto discursivo que pode suscitar o tema da liberdade de expressão, a exemplo do que ocorreu na jurisprudência dos Estados Unidos da América<sup>85</sup>, não obstante o fato de que a solução dada pela Suprema Corte norte-americana tenha sido diferente em relação à solução dada pelo STF.

Iniciamos com discussão interessante que se deu na situação da responsabilização penal da pessoa jurídica em matéria de crime ambiental. Ainda que se tenha disposição constitucional expressa<sup>86</sup>, relativa à mencionada responsabilização, a casuística nos revela questões inusitadas e inesperadas. Nesse primeiro caso, basicamente, questionou-se se uma empresa detinha prerrogativa para impetrar habeas corpus com objetivo de trancamento de ação penal em matéria de responsabilização por crime ambiental<sup>87</sup>.

No pano de fundo da discussão o fato da empresa interessada ter celebrado (e ao que parece, cumprido) um termo de ajuste de conduta-TAC com o Ministério Público Estadual, sendo que, mais tarde, a empresa fora denunciada, pelos mesmos fatos, pelo Ministério Público Federal. Do ponto de vista da dogmática

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação. *AgREDRCL 1.905-5/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347936>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 725-0/RO*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757310/mandado-de-injuncao-mi-725-ro>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

84 Para a metodologia do precedente, seus problemas e dilemas inerentes: MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Na doutrina norte-americana, conferir: GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. *The politics of precedent on the U.S. supreme court*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2006.

85 A legislação sobre o financiamento das campanhas suscitou várias discussões e alcançou diversas vezes a Suprema Corte dos Estados Unidos. Houve uma acomodação judicial desses problemas, no contexto da discussão de alguns casos, que fixaram os novos padrões. Entre esses casos, as discussões em *McConnell v. FEC* (2003), *Citizens United v. FEC* (2008) e *McCutcheon v. FEC* (2014). A esses casos deve-se acrescentar uma discussão importantíssima ocorrida em *Buckley v. Valeo* (1976). Nesse sentido, a matéria não é de exclusiva definição normativa. Vigê a regra do precedente, e por consequência toda a lógica que lhe é própria.

86 As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

constitucional e penal, discutia-se a doutrina da dupla imputação, que vincula, pelo mesmo fato, a pessoa jurídica e seus correspondentes responsáveis, pessoas físicas<sup>88</sup>. Nos dizeres do Ministro Relator,

A dupla imputação [...] importa em reconhecer que [...] pessoas jurídicas e naturais farão, conjuntamente, parte do polo passivo da ação penal, de modo que o habeas corpus, que discute a viabilidade do prosseguimento da ação penal, reflete diretamente na liberdade destas últimas.<sup>89</sup>

É a solução prática que se tem para a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

O Ministério Público havia levantado preliminar, relativa à possibilidade do manejo do *writ* por pessoa jurídica, que foi rejeitada pelo Ministro Relator. O Ministro Marco Aurélio reconheceu, em seu voto, que:

[...] podemos ter apenação quanto à pessoa jurídica, em se tratando de crime contra o meio ambiente, quer sob o ângulo da interdição da atividade desenvolvida, quer sob o ângulo da multa.<sup>90</sup>

Essa decisão revela ângulo pragmático de conformação de titularidade de direitos e deveres, quanto às pessoas jurídicas. Ressaltou, no entanto, que “é impossível prender-se, cercear-se a liberdade de ir e vir da pessoa jurídica [...] sempre há de estar envolvida uma pessoa natural”<sup>91</sup>. E forte nesse aspecto prático, de que não há como se prender a pessoa jurídica, é que decidiu que a “pessoa jurídica não pode figurar como paciente”<sup>92</sup>, justamente porque o habeas corpus se prestaria para garantir liberdade de ir e vir<sup>93</sup>.

Esse argumento foi, também, enfatizado pelo Ministro Relator, para quem:

Pessoas jurídicas respondem penalmente em especial considerada a lei do meio ambiente [...] só não dispõe, para defender-se, do habeas corpus, porque jamais estará em jogo a liberdade de ir e vir da pessoa jurídica como tal.<sup>94</sup>

O Ministro Menezes Direito não conheceu do habeas corpus com relação à pessoa jurídica, núcleo da discussão, em seu aspecto processual. Argumentou que se assim procedesse, necessitaríamos de uma nova doutrina do habeas corpus. Seguiríamos caminho diverso do trilhado por Rui Barbosa, um dos construtores desse conceito<sup>95</sup>.

A Ministra Cármen Lúcia, também, vinculou a possibilidade do habeas exclusivamente às pessoas humanas, dado que a liberdade, enquanto conceito e pressuposto, não se realizaria na pessoa jurídica, “porque a liberdade é parte animal do ser humano, ou seja, é uma paixão ou sentimento que não tem muita explicação

88 Nesse assunto, por todos, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2003.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

93 Ao longo do debate, sustentando esse argumento, o Ministro Marco Aurélio observou que “a pessoa jurídica jamais parará no xilindró”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

[...]”<sup>96</sup>. A partir desse argumento, revelou que percebia restritivamente o conjunto de direitos fundamentais, por parte das pessoas jurídicas, dizendo-se que não estava convencida de “[...] que pessoas jurídicas poderiam ter liberdade [...] isto [...] vale para cá e para outras garantias constitucionais também”<sup>97</sup>. O Ministro Carlos Britto focou sua decisão nos pronomes indefinidos “ninguém” e “alguém” para sustentar que no caso do habeas corpus o que se protege é a pretensão deliberada de pessoa humana, excluindo, por essa razão, a possibilidade de pessoa jurídica figurar como paciente nesse tipo de ação constitucional<sup>98</sup>.

Por fim, o Ministro Lewandowski, vencido, ressaltou e advertiu que, impossibilitada a pessoa jurídica de utilizar um habeas corpus poderíamos ter como resultado “uma ação penal instaurada sem justa causa, flagrantemente sem justa causa, exclusivamente contra uma pessoa jurídica, não encontrará remédio em nosso ordenamento jurídico”<sup>99</sup>. Chamou a atenção que não haveria remédio jurídico para empresas processadas nas condições ocorridas no processo que então se decidia.

O tema da assistência judiciária gratuita, em favor da pessoa jurídica, foi ressaltado em agravo regimental, quando se ementou que:

Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.<sup>100</sup>

A tentativa de se obstruir o uso da assistência judiciária gratuita por parte de empresas, contava como premissa de que a legislação de regência exigia que o interessado comprovasse que os gastos com serviços judiciários representariam “prejuízo próprio ou de sua família”<sup>101</sup>.

O Ministro Marco Aurélio sustentou que pessoas jurídicas podem invocar assistência judiciária gratuita, exigindo, no entanto, uma

[...] distinção que decorre da própria ordem natural das coisas [porque] presume-se relativamente às pessoas jurídicas em atividade, que estão no comércio, a detenção de recursos capazes de viabilizar o ingresso em juízo sem a citada gratuidade.<sup>102</sup>

Assim, por intermédio de decisão judicial, condicionou-se o deferimento da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica à comprovação de situação específica e contingencial de impossibilidade de arcar com os ônus da litigância.

Ainda que em tema de reconhecimento de direitos fundamentais para pessoa jurídica de direito público, há importante precedente do STF que firma orientação sobre o assunto, e que, de algum modo, pode indicar um precedente para questões parecidas envolvendo pessoas jurídicas de direito privado. Referimo-nos a

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

99 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 92.921-4-BA*. Primeira turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719240/habeas-corpus-hc-92921-ba>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

100 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação. *AgREDRCL 1.905-5/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347936>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

101 Invocou-se a regra do § 1º do art. 4º da Lei nº 1.60, de 5 de fevereiro de 1950, hoje revogada pelo Código de Processo Civil, que dispõe sobre a matéria.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação. *AgREDRCL 1.905-5/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347936>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

um mandado de injunção impetrado por Município em face do Congresso Nacional por conta de mora na confecção de lei complementar federal regulamentadora de consulta prévia e plebiscito referente à criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios<sup>103</sup>.

Em jogo estava, do ponto de vista procedimental, a

[...] legitimação ativa para a impetração do writ os titulares de direitos subjetivos constitucionais relacionados às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania.<sup>104</sup>

Nesse sentido, enfatizou o Ministro Gilmar Mendes,

Pressuposto do cabimento do mandado de injunção, portanto, não é apenas a existência de um direito fundamental cujo exercício seja inviável diante da ausência de norma regulamentadora, mas a própria legitimidade ativa do impetrante decorrente da titularidade direta do direito constitucional em questão.<sup>105</sup>

É pressuposto, também, com efeito, o reconhecimento (ou não) da possibilidade de uma pessoa jurídica manejar o writ.

Ao longo do voto condutor, para contrapeso, há citação de parecer da Procuradoria-Geral da República, no qual há referência a voto do Ministro Maurício Correa, em matéria análoga, quando se afirmou que:

Outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de segurança seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite.<sup>106</sup>

Ampliando a discussão relativa ao fato de que a pessoa jurídica de direito público deteria (ou não) titularidade para impetrar mandado de injunção e, portanto, um direito fundamental, o Ministro Gilmar Mendes assinalou que:

Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração de ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor as ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos<sup>107</sup>.

O STF não conheceu do recurso, por maioria<sup>108</sup>. Assim, em socorro da prerrogativa de pessoas jurídicas impetrem ações constitucionais resta apenas alguma construção conceitual, formulada com esforço a par-

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 725-0/RO*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757310/mandado-de-injuncao-mi-725-ro>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

104 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 725-0/RO*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757310/mandado-de-injuncao-mi-725-ro>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 725-0/RO*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757310/mandado-de-injuncao-mi-725-ro>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

106 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 725-0/RO*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757310/mandado-de-injuncao-mi-725-ro>>. Acesso em: 19 nov. 2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 537/SC*. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819023/mandado-de-injuncao-mi-537-sc-stf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 725-0/RO*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757310/mandado-de-injuncao-mi-725-ro>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

108 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 725-0/RO*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757310/mandado-de-injuncao-mi-725-ro>>. Acesso em: 19 nov. 2016. Ementa: O Tribunal, por maioria, não conheceu do mandado de injunção, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto na questão do conhecimento para julgá-lo improcedente [...].

tir dos *obiter dicta* lançados ao longo das várias manifestações nesse mencionado processo.

Por fim, as discussões em torno do financiamento de campanhas eleitorais, por parte de pessoas jurídicas, também apresentam um conjunto expressivo de *obiter dicta* sobre a relação entre empresas e direitos fundamentais<sup>109</sup>. Bem entendido, o que se debatia era o efeito do poder econômico sobre os pleitos eleitorais, a então denominada “*plutocratização do prélio eleitoral*”<sup>110</sup> pelo que, entre outros, a liberdade de expressão, por parte de pessoas jurídicas, revelou-se apenas como tópico lateral, ainda que enfatizado pelo então Ministro Joaquim Barbosa, como segue, com ênfases nossas:

Mas a Constituição não permite que determinados indivíduos possam se beneficiar de financiamento eleitoral arrojado, por parte de empresas, ao passo que a grande maioria dos eventuais candidatos não gozam dessa ajuda substantiva [...] **Parece-me que é este o debate: saber se a empresa pode participar do debate político, como se cidadão fosse, financiando partidos e escolhendo, a partir de critérios que nós não conhecemos, aqueles para os quais ela [sic] darão contribuição.** Esse é o debate essencial, parece-me<sup>111</sup>. (grifo nosso)

O Ministro Joaquim Barbosa inquietava-se com o fato de que “a questão crucial é [seria] saber se pessoas jurídicas voltadas à produção econômica podem fazê-lo em igualdade de condições com o cidadão [...]”<sup>112</sup>. Já para o Ministro Luiz Fux, relator do processo:

[...] o exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas [...] uma empresa pode defender bandeiras políticas, como a de direitos humanos, causas ambientais etc., mas daí a bradar pela sua indispensabilidade no campo político, investindo vultosas quantias em campanhas eleitorais, dista uma considerável distância.<sup>113</sup>

De igual modo, condenando o financiamento de campanhas, por parte de pessoas jurídicas, o Ministro Dias Toffoli, com ênfases no original:

Observa-se, assim, a toda evidência, que o parágrafo único do art. 1º e o caput do art. 14 da Constituição Federal não se destinam à pessoa jurídica: **essa não pode votar, não pode ser votada e, caso pudesse votar, o voto não teria o mesmo valor, formal e material, para todas. Não há, portanto, comando ou princípio constitucional que justifique a participação de pessoas jurídicas no processo eleitoral brasileiro, em qualquer fase ou forma, já que não podem exercer a soberania pelo voto direto e secreto.**<sup>114</sup> (grifo nosso)

E ainda, o Ministro Toffoli enfatizou que “se as pessoas jurídicas não participam do processo democrático- pois não gozam de cidadania-, admitir que possam financiar o processo eleitoral é violar um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da soberania popular”<sup>115</sup>. O Ministro Barroso

109 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

110 A propósito, lê-se na ementa do mencionado julgado: “[...] Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada ‘plutocratização’ do processo político”.

111 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

112 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

113 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

114 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

115 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

colocou os termos da questão, no que se refere às pessoas jurídicas, lembrando que se discutiam:

[...] nos limites e os modos de exercício dos Direitos Políticos pela cidadania; e, de certa forma, [...] dizendo que as pessoas jurídicas não têm direitos políticos. É isto mesmo que estamos nós estamos dizendo, nós que estamos votando contrariamente: pessoas jurídicas não são cidadãos, no sentido constitucional e, portanto, afigura-se legítima esta limitação que nós estamos impondo. Assim, há uma questão constitucional aqui: regras do jogo democrático e exercício dos Direitos Políticos.<sup>116</sup>

Centrado no argumento do poder econômico o Ministro Lewandowski entendeu que

[...] o financiamento de partidos e campanhas por empresas privadas [...] fere profundamente o equilíbrio dos pleitos, que, nas democracias, deve reger-se pelo vetusto princípio que os anglo-saxões denominam de one man one vote, significando que cada cidadão deve corresponder um voto, com igual peso e idêntico valor.<sup>117</sup>

Ainda com foco nesse argumento, adiantou:

As pessoas jurídicas, ademais, não votam e não podem ser eleitas, daí porque não há a menor razão de permitir que elas tenham qualquer participação no processo eleitoral, nem mesmo mediante apoio financeiro a partidos ou candidatos, sobretudo porque elas, por definição, defendem interesses materiais, mais especificamente o lucro delas mesmas, pretensão incompatível com a permanente aspiração de aprimorar o bem comum que promana da somatória dos votos individuais dos cidadãos<sup>118</sup>.

De igual modo, a Ministra Rosa Weber entendeu que as

[...] pessoas jurídicas não são efetivas detentoras dos direitos políticos por excelência [...] uma vez reservados às pessoas naturais ou físicas que preencham os requisitos constitucionais e legais a voto, a iniciativa popular e as consultas por meio do plebiscito e do referendo.<sup>119</sup>

O Ministro Barroso, porém, enfatizou que a questão é política e que ao Congresso caberia decidir “[...] se a empresa pode ou não participar do financiamento eleitoral”<sup>120</sup>. Nessa linha, colhe-se comentário de autores, para quem, “seria necessário [...] uma reforma constitucional, estendendo às pessoas jurídicas a proteção constitucional”<sup>121</sup>.

Assim, desse conjunto de decisões pode-se inferir que o exercício absoluto e ilimitado de direitos fundamentais, por parte das empresas, é circunstância tratada, realisticamente, pela jurisprudência do STF, no contexto das várias condicionantes acima elencadas.

## 5. COMENTÁRIOS FINAIS E CONCLUSÕES

A efetivação dos direitos sociais exige obtenção e alocação de recursos que dependem do funcionamento ótimo da economia e da atividade privada. Esta última se relaciona, diretamente, com a realização de vários

116 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

117 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

118 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

119 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

120 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.650/DF*. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

121 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

direitos fundamentais, especialmente quando emprega e se vincula a quem lhe presta serviços. As empresas, assim, são, também, importantes meios para alcançar os fins fixados pela agenda da profusão de direitos fundamentais, constatando-se mais uma face de sua dinâmica posição enquanto agente de transformação.

Ordem social e ordem econômica suscitam relação de proximidade matizada, também, pelos tomadores de risco. Há ênfase no papel e importância do empresário, que igualmente é agente de efetivação de direitos sociais e que, para tal, deve ser instrumentalizado. Reverbera entre nós o conceito de empresa tal como construído no estado corporativo italiano, temperado com o repúdio para com uma ordem jurídica fascista e autoritária. O conceito contemporâneo de mercado, ou, pelo menos, suas demandas, alteram essa percepção inicial. O conceito de empresário descolou-se da ordem ditatorial italiana.

Para que as empresas possam se inserir de modo cada vez mais positivo em esforço coletivo de criação de riquezas para que se contemplem necessidades gerais (que são infinitas) precisam do reconhecimento e da garantia de prerrogativas instrumentais. Essa equação sugere que se pensem modos de fortalecimento da atividade empresarial, o que pode se efetivar mediante o reconhecimento de alguns direitos, que lembram a agenda dos direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de expressão comercial e da titularidade para ser compensada por danos morais, que a jurisprudência também já adotou.

No entanto, há um elemento prático que orienta a discussão, no sentido de que há limitações de ordem natural para que pessoas jurídicas não possam protagonizar alguns desses direitos, a exemplo do habeas corpus, que se prestaria, em princípio, para sufragar a liberdade de ir e vir. A jurisprudência do STF é marcadamente realista, mitigando a ampla possibilidade de atuação das pessoas jurídicas, a exemplo da vedação para o financiamento de campanhas eleitorais ou para o manejo de algumas ações constitucionais.

Não se pode perder de vista que o destinatário final de norma asseguradora de direito fundamental seja a pessoa humana. Essa percepção exige vetor hermenêutico que entenda que a pessoa jurídica existe em função da pessoa humana. A empresa nada mais é do que um esforço que reúne indivíduos e que, portanto, reflete essas existências pessoais. Por isso, na razão direta de sua instrumentalização, em princípio, varia, também, o fortalecimento das pessoas humanas, núcleo dos direitos fundamentais, calcados no reconhecimento das respectivas dignidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Constituição da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

ALTMANN, Andrew. *Critical Legal Studies: a liberal critique*. New Jersey: Princeton University Press, 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria geral do direito comercial: introdução à teoria da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1966.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Comentários ao art. 966 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2010. p.972.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- BRASIL. *Projeto de Lei n. 1.572 de 2011*. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- CAMPOS, Francisco. *Antecipações à reforma política*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.
- CAMPOS, Francisco. *Pareceres do consultor-geral da república*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1952.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DANTAS, Francisco San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1977.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.
- FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano: dottrine generali*. Roma: Athenaeum, 1921. v.1.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2011.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.
- GIAMBIAGI, Fábio. *Reforma da previdência: o encontro marcado*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2007.
- GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. *The politics of precedent on the U.S. supreme court*. Oxford: Princeton University Press, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights-why liberty depends on taxes*. New York, London: W. M. Norton, 1999.

- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- ROSAS, João Grandino. *Sociedade comercial e estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias, metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNSTEIN, Cass R. *Free markets and social justice*. New York: Oxford University Press, 1997.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996.
- VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Da teoria objetiva da  
desconsideração da  
personalidade jurídica e os  
grupos de sociedades sob a  
ótica das relações de consumo**

**The objective theory of  
the disregard doctrine on  
corporated groups applied to  
consumer's relations**

Daniel Amin Ferraz

Marcus Vinicius Silveira de Sá

# Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo\*

## The objective theory of the disregard doctrine on corporated groups applied to consumer's relations

Daniel Amin Ferraz\*\*

Marcus Vinicius Silveira de Sá\*\*\*

### RESUMO

O presente trabalho visa analisar a possível adoção da Teoria Clássica Objetiva da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no microsistema de proteção ao consumidor, representado, em grande parte, pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990).

**Palavras-chave:** Desconsideração da personalidade jurídica. Relação de consumo. Sociedades comerciais. Direito Empresarial. Grupos de sociedade. Teoria objetiva de desconsideração. Limitação de responsabilidade.

### ABSTRACT

The present work aims to analyse the possible incorporation of the classic objective theory of disregard of legal entity in Brazil's legal system, especially by the microsystem of consumer's protection, represented, mostly, by the Consumer's Protection Code (Law nº 8.078).

**Key-words:** Disregard of legal entity. Consumer's relations. Corporations. Corporate law. Group of societies. Objective theory of personality disregard. Limited liability.

\* Recebido em 24/11/2016  
Aprovado em 26/11/2016

\*\* Mestre em Direito Empresarial, Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Empresarial Internacional, Universidad de València, Espanha; Pesquisador Convidado da OMC, Genebra (2004), Suíça; Professor do Mestrado/Doutorado em Direito e Políticas Públicas do UniCEUB, Brasília, DF; Advogado Titular de Amin, Ferraz, Coelho Advogados.

\*\*\* Mestrando em Direito das Relações Internacionais, UniCEUB, Brasília, DF; advogado em Amin, Ferraz, Coelho Advogados.

## 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, inegável o fato de as sociedades comerciais<sup>1</sup> terem conquistado importância ímpar no cenário econômico mundial. Ao longo da história, questões de ordem econômica e prática propulsionam a combinação de esforços e/ou recursos para o exercício de atividades econômicas, de modo que “*as sociedades representam (...) uma das mais importantes instituições jurídicas para o exercício das atividades econômicas, especialmente no mercado global*”<sup>2</sup>.

Não obstante a existência de enormes disparidades entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais atualmente existentes, diz-se que as sociedades seriam “*um elemento unitário básico no mundo moderno*”<sup>3</sup>, em razão da constatação prática de que a ideia geral de sociedade<sup>4</sup> está presente nos mais diversos ordenamentos. Dessa realidade, nem mesmo o Direito Islâmico<sup>5</sup> ou o Direito Asiático, tidos como os mais dispares e culturalmente distantes com relação aos demais, escapam.

Corroborando a afirmação acima o fato de, analisando os diversos ordenamentos, ser possível apontar a existência de uma “*configuração padrão*” das sociedades comerciais, que combinam, no mínimo, cinco elementos/características<sup>6</sup>. Alguns chegam a afirmar, inclusive, que a existência de um incontável número de sociedades comerciais deriva justamente da existência de ao menos um tipo societário que atenda a essas características, em especial a da personalidade jurídica<sup>7</sup> e a limitação de responsabilidade<sup>8</sup>.

Com a conjugação da personalidade jurídica com a limitação de responsabilidade, é possível reduzir os riscos da atividade econômica explorada e os custos de acesso ao capital, os custos de agência e os custos

1 Cumpra referir que a atividade comercial, sempre, passou por um processo de evolução, e que gerou adaptabilidade do direito às necessidades do mercado. Assim, na origem a atividade mercantil, sempre se organizou por intermédio da atuação do empresário individual, correspondendo a esta atividade o direito do comerciante individual. Com o incremento das relações mercantis no mercado, a atividade passou a ser desenvolvida pelos empresários coletivos, ou seja, pelas sociedades empresárias. Nessa fase surge o direito societário. Finalmente, as sociedades empresárias se organizam, cada dia com maior frequência, em grupos econômicos, passando o direito a regular a atuação desses potentes empresários. Nesse sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional, in: FERRAZ, Daniel Amin. Direito Empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras, Editora, CRV, Curitiba, 2012, p. 9 e ss.

2 GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria apud TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 118

3 Nesse sentido: MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A modern Library, 2005; e TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

4 A ideia geral poderia ser definida como uma “*estrutura social composta pela reunião de indivíduos voltada para a satisfação de necessidades econômicas e desejos de determinada comunidade/do mercado*”. Nesse sentido, veja-se: TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

5 Para uma análise mais aprofundada do tema, veja-se: MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>. Acesso em 22 maio 2016.

6 São eles: (i) personalidade jurídica; (ii) responsabilidade limitada; (iii) participações societárias transferíveis; (iv) possibilidade de administração profissional (*delegated management with a board structure*); e (v) propriedade por investidores. Nesse sentido, veja-se: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004; e TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014. Importa referir, ainda, que duas são as “*famílias*” de sociedades: sociedades de pessoas e sociedades de capitais. Assim, as características aqui elencadas estarão presentes nas sociedades de capitais. Nesse sentido, veja-se: BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*, 10 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p. 179 e ss.

7 O raciocínio aqui resulta do fato de a personificação das sociedades servir, *inter alia*, para a criação de centros autônomos de direitos e obrigações, pois para o Direito, a pessoa é, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas. Desse modo, a personificação das sociedades torna-lhe um centro de imputação de direitos e obrigações. Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.73.

8 Tendo em vista que a personificação, por si só, não exime os sócios de responderem pessoalmente por atos praticados pela sociedade empresária razão pela qual, na prática empresarial, a personificação das sociedades costuma vir acompanhada da limitação de responsabilidade.

de monitoramento de outros sócios<sup>9</sup>. Assim, um maior número de indivíduos passou a reunir-se em sociedades, visando explorar atividades econômicas no Mercado, ocorrendo, destarte, a difusão das sociedades empresárias ao redor do globo.

Atualmente, entretanto, o modelo de organização dos fatores de produção consubstanciado na típica figura da empresa isolada que compete no mercado de forma atomística não se mostra mais adequada, tendo em vista a crescente complexidade do mercado e suas intensas mudanças<sup>10</sup>. Nesse contexto, os grupos de sociedades mostram-se como resposta aos inúmeros desafios de um mercado global complexo e de crescente interdependência.

Os grupos de sociedade apresentam inegável importância prático-econômica no âmbito global. A título meramente ilustrativo convém apontar que, nos EUA, ao final da década de 1990, cem dos maiores grupos industriais empregavam mais de um quarto do total dos trabalhadores ativos e realizavam 43% do volume global dos negócios<sup>11</sup>. Do mesmo modo, na Alemanha, tem-se que 92% das sociedades anônimas constituídas se encontram, de alguma forma, integrada a grupos de sociedades<sup>12</sup>. Na França, os maiores grupos realizam cerca de 50% do volume de negócios e respondem por 60% dos investimentos. Já na Inglaterra, destaca-se que, apenas, o grupo Unilever é responsável por controlar mais de 1100 filiais<sup>13</sup>.

Tais dados, apenas, ressaltam o fato de no plano dos fatos, encontrar-se nas empresas transnacionais “*uma expressão particularmente indicativa do protagonismo da técnica do grupo societário*”<sup>14</sup>.

Não obstante, importante ressaltar que os elementos da personificação e da limitação de responsabilidade, fatores-chaves na propagação das empresas e grupos societários, não podem ser absolutizados, pois, na prática, diversos abusos podem decorrer da utilização indevida daqueles. Assim, viu-se por necessário impor limites à atuação por meio da personalidade coletiva<sup>15</sup>, com objetivo de fazer frente ao que ficou conhecido como “crise da limitação de responsabilidade”<sup>16</sup>, surgindo, daí, as teorias da desconsideração da personalidade jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar com mais seriedade a desconsideração da personalidade jurídica com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), o qual dedicou a Seção V de seu Capítulo IV ao instituto.

Grande parte da doutrina e jurisprudência nacional, em razão do desenvolvimento das chamadas “teoria maior” e “teoria menor” da desconsideração, fruto da criatividade doutrinária e jurisprudencial brasileira, deixa de analisar as disposições legais pertinentes ao tema com base nas teorias clássicas explicativas. Nesta linha de pensamento, costumam afirmar que parte das disposições previstas no art. 28 do CDC estariam

9 TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

10 Nesse sentido: ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*, em: Revista DireitoGV2, v1, nº2, Jul-Dez 2005, São Paulo.

11 BLAIR, Roger; LANZELLOTTI, Robert. *The conglomerate corporation: an antitrust law and economics symposium*. Cambridge: Guns & Hain, 1998. p. 170; BLUMBERG, Philippe. *The law of corporate group: problems so parent and subsidiary corporations under statutory law of general application*. Boston: Little, 1989. p. 32 et seq.; HERMAN, Edward. *Corporate control, corporate power*. Cambridge: Cambridge UP, 1981. p. 3 et seq.

12 BÄLZ, Ulrich. *Groups of companies: the german approach*. Florence, 1986. p. 8 et seq.

13 Para maiores informações, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

14 FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

15 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

16 Nesse sentido: FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016; e CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 102.

eivados de vício de pertinência<sup>17</sup>, por disporem acerca da responsabilidade dos grupos de sociedade e não da desconsideração da personalidade jurídica.

Diante disto, pretende-se deixar de lado a doutrina nacional e analisar a incorporação, ou não, da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica ao ordenamento jurídico nacional quando diante de uma relação consumerista e verificar, ao mesmo tempo, se o vício de pertinência se sustenta, ou não.

## 2. OS GRUPOS DE SOCIEDADE

### 2.1. Aproximação da matéria

O desenvolvimento do mundo moderno, pós-globalizado, induz, cada vez mais, à realização de empreendimentos comuns, tendo em vista que a transnacionalização de empresas “*estimula em certa medida a concorrência (com a atuação internacional dos grupos) e exige formas associativas novas para a conquista ou a manutenção de determinadas áreas de domínio*”<sup>18</sup>.

Buscando, *inter alia*, superar os desafios de um mercado global, a formação de grupos de sociedades tornou-se o instrumento, por excelência, de organização de empresas transnacionais<sup>19</sup> e instrumento central da nova estratégia de expansão empresarial<sup>20</sup>.

Esse poder de adaptação das empresas ao cenário econômico em que se encontram sempre esteve presente na história da evolução das formas jurídicas de organização dos fatores de produção<sup>21</sup>. Afinal, as empresas surgiram do mercado e para o mercado.

Em outras palavras, a depender das circunstâncias e características do ambiente econômico, as formas jurídicas da empresa se adaptavam, e com ela evoluíam os sistemas de imputação dos custos e riscos gerados pela atividade empresarial.

17 Nesse sentido, veja-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

18 FERRAZ, Daniel Amin. *Grupo de sociedades*: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *In*: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, vol. 12, nº 2, 2014, págs.495-509.

19 FERRAZ, Daniel Amin. *Grupo de sociedades*: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *In*: UNICEUB, Revista de Direito Internacional, vol. 12, nº 2, 2014, págs.495-509.

20 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade*: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

21 De uma perspectiva histórica, é possível identificar três principais “momentos” de evolução do Direito Societário, que coincidem com o surgimento da *empresa individual*, da *empresa social* e da *empresa grupo*. O primeiro foi caracterizado por uma economia predominantemente rural, artesanal e mercantil, onde o mundo econômico era essencialmente formado por pequenas unidades econômicas, de natureza agrária ou artesanal. Nesse contexto, o empresário individual representava o quadro jurídico de organização da atividade econômico-empresarial mais difundido. Era, em suma, verdadeira figura-chave do modelo. Com a Revolução Industrial, a partir do final do séc. XVIII e início do séc. XIX, o cenário econômico mundial sofreu radical transformação. Com a superação da economia tipicamente artesanal e mercantil para uma economia assente na produção e manufatura em massa, o “modelo econômico atomístico-concorrencial”, consubstanciado em um grande número de empresas individuais teve de dar espaço, de forma progressiva, a um mundo potencialmente “concentracionista”, no qual diversos setores do mercado foram pouco a pouco sendo dominados por um número cada vez mais reduzido de grandes empresas. Nesse mercado, o principal agente deixou de ser o empresário individual e, paulatinamente, passou a ser o empresário coletivo, através da formação de sociedades comerciais dotadas de personalidade jurídica. Posteriormente, com o advento da globalização, verificou-se mais um marco evolutivo. As características distintivas desse novo sistema econômico que se destacam são as seguintes: (i) a internacionalização e interdependência dos mercados nacionais; (ii) universalização do modelo de mercado livre; (iii) revolução tecnológica e das comunicações; (iv) aumento exponencial do volume das transações comerciais e financeiras; e (v) progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional, tornando progressivamente obsoleto o modelo tradicional da sociedade comercial individual, o qual viria a dar lugar à formação de *grupos de sociedades*. No mesmo sentido do todo acima exposto, veja-se: ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*: o moderno paradoxo regulatório, em: Revista DireitoGV2, v1, nº2, Jul-Dez 2005, São Paulo.

Estudos recentes apontam que, atualmente, as empresas costumam ser controladas através de redes hierárquicas de controle que envolvem uma multiplicidade de entidades juridicamente distintas<sup>22</sup>. Segundo o *World Investment Report* de 2016, elaborado e publicado pela *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), “*more than 40 per cent of foreign affiliates are owned through complex vertical chains with multiple cross-border links involving on average three jurisdictions*”<sup>23</sup>.

Verifica-se, pois, que o grupo de sociedades vem assumindo o protótipo da empresa moderna, caracterizado como a técnica econômica mais importante e significativa do fenômeno da concentração empresarial. Isso resulta das vantagens econômicas<sup>24</sup>, jurídicas<sup>25</sup> e financeiras<sup>26</sup> inerentes a esta estratégia de organização societária.

Não obstante a importância e difusão dos “grupos de sociedade”, percebe-se na prática jurídica a dificuldade de se proceder a localização da tipologia destes. Isso decorre, *inter alia*, do fato de, geralmente, os legisladores não definirem suas formas jurídico-positivas, nem seus elementos essenciais, caracterizadores da *facti-specie* normativa de tal figura jurídica<sup>27</sup>.

Ademais, em matéria de constituição de grupos, e não sendo os mesmos, geralmente, objeto de qualquer disciplina jurídica imperativa, todas as formas são, *a priori*, possíveis. Assim, tem-se que não são as categorias legais que conduzem a criação de distintos tipos de grupos, mas sim a imaginação do empresário e a situação econômica experimentada, de modo que poderia afirmar-se que, atualmente, existem tantos tipos de grupos de sociedades como os próprios grupos<sup>28</sup>.

Convém, portanto, apresentar uma tipologia, ainda que para facilitar uma maior compreensão da temática. Destaca-se, porém, seu caráter seletivo, dada a multiplicidade de fato dos grupos societários.

22 Nesse sentido: UNCTAD, *World Investment Report*, 2016. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1555>>. Acesso em 22 jun 2016.

23 UNCTAD, *World Investment Report*, 2016. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1555>>. Acesso em 22/06/2016.

24 Partindo-se da premissa de que empresa não pode crescer indefinidamente sem que venha a sofrer graves “deseconomias” de dimensão, baseadas em uma progressiva redução da respectiva eficácia econômica e de um agravamento de sua rigidez organizativa, a estrutura dos grupos de sociedade permite evitar, de certo modo, os riscos derivados da concentração, sem que ocorra, contudo, a renúncia de seus benefícios. Permite-se, assim, a realização de uma descentralização na concentração. Nesse sentido, veja-se PENROASE, Edith. *The theory of the growth of the firm*. Oxford: Blackwell, 1980; CARREIRA, Medina. *Concentração de empresas e grupos de sociedades: aspectos histórico-econômicos e jurídicos*. Lisboa: IESF, 1992; JACQUEMIN, Alexis. *Le group de société: décentralisation dans la concentration*. In: LES GROUPEs de sociétés. Haya: Martinus Nijhoff, 1972. p. 27 et seq; FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

25 Várias são as vantagens jurídicas da formação de grupo de sociedades. A título exemplificativo, aponta-se as vantagens jurídico-econômicas decorrentes do fato de manterem-se intactas as diferentes personalidades jurídicas das sociedades do grupo, bem como da manutenção da responsabilidade limitada aos seus respectivos passivos, o que resulta na divisão controlada dos riscos da atividade. Por outro lado, há, também, inúmeras vantagens jurídico-fiscais, jurídico-laborais e jurídico-concorrenciais. Para um aprofundamento no tema, veja-se: ANTUNES, J. A. Engrácia. *Liability of corporate groups: autonomy and control at parent-subsidiary relationships*. Kluwer: Deventer, 1993; e FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.

26 A técnica da formação de grupos traz consigo inegáveis benefícios financeiros, pois, ao contrário do que ocorre com a fusão e as transferências de ativos, que naturalmente implicam a mobilização de um grande volume de ativos financeiros, os grupos de sociedade permitem assegurar o controle de uma enorme massa de capitais, bem como a direção econômica de numerosas empresas societárias individuais, com um investimento inicial de capital reduzido. Para um debate mais profundo do tema, veja-se: CHEVALIER, Alain; VIGNERON, Philippe. *La gestion financière des groupes*. Paris: Dunod; Bordas, 1984.

27 De resto, no contexto da única legislação onde o conceito de grupo foi objeto de uma definição legal (é o caso do Direito alemão – § 18 AktG), a doutrina reconhece a extrema complexidade da *facti-species* legal, apoiada que está em uma sequência de presunções legais e em conceitos vagos, procedentes do mundo econômico-empresarial (máxime a direção econômica unitária), suscetível de comprometer a própria possibilidade de uma definição jurídica uniforme para a figura. Sintomático das dificuldades levantadas é o fracasso de uma versão inicial do Projeto de 9ª Diretiva Comunitária sobre os Grupos de Sociedades (versão de 1974/1975), que fazia assentar a disciplina jurídica dos grupos em uma definição geral dos mesmos. Na nova e mais recente versão, 1984, idêntica noção já não aparece.

28 CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Librairies Sirey, Paris, 1962, p. 210.

## 2.2. TIPOLOGIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADE

### 2.2.1. Grupos de direito e grupos de fato

A primeira classificação apresentada diz respeito à divisão dos grupos de sociedades em grupos de direito e grupos de fato. O critério subjacente a essa classificação é o da existência, ou não: (i) de um instrumento jurídico de constituição do grupo; e (ii) de um regime jurídico específico aplicável a este.

Dessa forma, com base nessa classificação, diz-se *grupo de direito* aquele cuja criação resulta da utilização de um instrumento jurídico legalmente previsto para esse fim<sup>29</sup>, e cuja organização e funcionamento associa-se a um regime jurídico especial, derogador dos cânones do direito das sociedades mercantis<sup>30</sup>□<sup>32</sup>.

De modo inverso, define-se, negativamente, um *grupo de fato*, ou seja, será classificado como tal aquele em que o poder de direção e controle existente é detido pela sociedade mãe com base em um instrumento jurídico não especial<sup>33</sup>, e sob qual a lei não associa um ordenamento jurídico especial. Nesses grupos, o poder de direção comum decorrerá de um poder de fato, sujeito aos cânones gerais do direito das sociedades<sup>34</sup>.

Tal distinção tipológica dos grupos apresenta-se relevante no contexto de ordenamentos jurídicos em que o legislador pátrio disponibiliza certos mecanismos jurídico-institucionais destinados à constituição e regulação dos grupos societários, aos quais associa um regime jurídico próprio e distinto do regime societário geral<sup>35</sup>. Dentre os instrumentos jurídicos existentes, destacam-se os contratos de subordinação<sup>36</sup>, aos quais se costuma atribuir natureza jurídica de contrato de organização<sup>37</sup>.

Em suma, apenas os grupos constituídos com base em instrumentos específicos poderiam ser caracterizados como *grupo de direito*. As demais situações de agrupamento societário, originados em fonte diversa (máxime as participações societárias), não determinam a aplicação do regime especial de grupos, recaindo, destarte, na disciplina geral dos princípios jurídico-societários. Assim, se o poder de direção da sociedade

29 No Direito português, são três esses instrumentos: o domínio total (arts. 488 e 489); o contrato de grupo paritário (art. 492) e; o contrato de subordinação (art. 493), todos do Código de Sociedades Comerciais Português, Decreto-Lei nº 262/86, de 02 de setembro. Importa referir que, o Direito português, junto com o Direito alemão e o Direito brasileiro são dos poucos que tem regulação específica sobre os grupos de sociedades.

30 Regime esse traduzido, por um lado, na legitimação do poder de direção que tem a sociedade mãe sobre as sociedades filhas, assim como pela subordinação dos interesses sociais individuais (das sociedades do grupo) aos interesses gerais do próprio grupo. Por outro lado, o estabelecimento de contrapartidas especiais de proteção para as sociedades componentes do grupo, seus sócios minoritários, e seus credores sociais.

31

32 O Direito Brasileiro regulamenta os Grupos de Sociedades na Lei de Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, do art. 265 ao art. 277. Ademais, regula as sociedades coligadas, as sociedades controladoras e as sociedades controladas, art. 243 ao art. 264 da mesma lei.

33 Máxime, as participações majoritárias; acordos extra-sociais; contratos *interempresariais*; uniões pessoais; relações econômicas de dependência.

34 Esta distinção corresponde à tipologia adotada pelo Direito Alemão. A lei alemã promove a distinção entre os grupos contratuais (*vertragskonzerne*), e os grupos de fato (*faktische konzerne*), assim como a existência ou não de um instrumento jurídico-positivo de constituição do grupo e de sua direção unitária (o chamado *beherrschungsvertrag*, do § 291 do AktG). Nesse sentido, veja-se: BÄLZ, Ulrich. *Groups of companies: the german approach*. Florence, 1986, p. 8 e ss. Tendo como base a mesma classificação, para o Direito Brasileiro, veja-se: COMPARATO, Fabio Konder: *Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*, en: RS (1978), p. 845 e ss.

35 É o caso da lei alemã, da lei brasileira e da lei portuguesa.

36 Equivalente ao *beherrschungsvertrag* da lei alemã; a *convenção de grupo* da lei brasileira e; o *contrato de subordinação* da lei portuguesa. Ademais do contrato de subordinação, tais sistemas jurídicos fazem previsão de dois outros instrumentos jurídicos: (i) o *domínio total*, previsto nos arts. 488 e ss. do CSC; §§ 319-327 AktG (*Eingliederung*); arts. 251 e ss. da Lei Brasileira de Sociedades Anônimas (*Subsidiária Integral*); e (ii) o *contrato de grupo paritário*, previsto no art. 492 do CSC; § 18, II AktG (*Gleichordnungskonzern*); e dos arts. 56 e 57 do Projeto de 9ª Diretiva Comunitária da UE.

37 VENTURA, Raúl: *Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE*, em: 41 *ROA* (1981), Lisboa, 1981, p. 57 e ss.; ANTUNES, J.: *Op. Cit.*, p. 341 e ss.

mãe não tiver sua fonte em modelo jurídico-organizativo constituído especialmente para tal finalidade, resta caracterizado um puro poder de fato e não legal, de modo que o mesmo será tido como *grupo de fato* e não *de direito*.

## 2.2.2. Grupos de base societária, de base contratual e de base pessoal

Outra classificação tipológica divide os grupos de acordo com a natureza do instrumento utilizado na constituição e organização do grupo de sociedades. Em verdade, os laços capazes de sedimentar a unidade econômica do grupo, assegurando o exercício de uma direção econômica unitária, podem ser da mais variada ordem, desde meros laços financeiros até complexos laços contratuais e pessoais, diferenciando-se, assim, em grupos de base societária, contratual ou pessoal<sup>38</sup>.

### 2.2.2.1. Grupos de base societária

Diz-se *grupo de base societária* aquele cuja estrutura organizativa repousa em técnica própria do Direito Societário, máxime a técnica da participação no capital social. As participações *intersocietárias* podem assumir diferentes formas, dentre as quais merecem especial destaque: (i) a participação radial; (ii) a participação piramidal; e (iii) a participação circular.

Os grupos de *participação radial* seriam aqueles nos quais a sociedade mãe participa do capital de cada uma das sociedades filhas, não estando essas últimas, porém, unidas diretamente, mas sim, indiretamente, por meio de conexões estabelecidas entre cada uma delas e a sociedade mãe. Trata-se, pois, da mais simples estrutura de coligação, apresentando-se, geralmente, na fase inicial de formação e estruturação dos grupos, exigindo um esforço financeiro razoável, o qual tende a desvirtuar a atividade da sociedade mãe, já que esta acabaria por converter-se em uma sociedade *holding*.

Por sua vez, os grupos de *participação piramidal* seriam aqueles nos quais a sociedade mãe participa em duas ou mais sociedades, as quais, por sua vez, participam do capital de outras sociedades das mesmas dependentes, e assim sucessivamente. Graficamente, trata-se de uma estrutura de participação que se assemelha a uma pirâmide, cujo vértice é ocupado pela sociedade mãe. Apresentam vantagens como, *inter alia*, permitir, por meio de uma inversão reduzida, o controle de uma massa considerável de capitais e de uma enorme massa patrimonial (com uma direção econômica unitária).

Já os grupos de *participação circular*<sup>39</sup> são aqueles por meio dos quais há participação da sociedade mãe no capital de uma filial, a qual detém participação em uma terceira sociedade que, por sua vez, participa do capital da sociedade mãe. Trata-se de estrutura que apresenta as mesmas vantagens, mas que, ocasionalmente, tem os mesmos riscos das participações recíprocas, pois, nas participações perfeitamente circulares, o ativo das distintas sociedades é puramente fictício, existindo somente no papel, ocorrendo uma confusão patrimonial<sup>40</sup>.

Importante destacar que os distintos tipos de participação dificilmente se apresentam em sua forma perfeita, mas sim em variáveis e impenetráveis combinações das diferentes formas de participação *intersocietária*. Assim, por exemplo, na prática, ocorre de uma sociedade mãe dominar outra sociedade mãe, por meio do controle de uma terceira sociedade, que participa como filial no grupo da primeira<sup>41</sup>.

38 Para a distinção dos três tipos anunciados, veja-se: CHAMPAUD, Claude: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, in: 19 RTDC (1967), p. 1003 e ss.; GORÉ, François: *Droit des Affaires*. Tome II, éditions Montchrestien, Paris, 1977, p. 475 e ss.; PAILLUSSEAU, Jean: *Les Groupes de Société. Analyse du Droit Positif Français et Perspectives de Réforme*. Martinus Nijhoff, Haye, 1972, p. 813 e ss.; RODIÈRE, René: *Groupement et Société en Droit Français*, in: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés, II*. Giuffrè, Milano, 1968, p. 394 e ss.

39 Para os grupos de participação recíproca, e um entendimento do direito europeu sobre a matéria, veja-se: FLORES DONA, María de la Sierra: *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, p. 119 e ss.

40 O instituto da confusão patrimonial é aquele que gera uma impossibilidade de determinação do patrimônio dos distintos empresários, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Acarreta como consequência a responsabilidade solidária entre seus partícipes.

41 Seria esta a forma de organização do grupo *Siemens*.

### 2.2.2.2. Grupos de base contratual

Os *grupos de base contratual* são aqueles cuja estrutura e unidade de direção econômica estão assentados em laços de natureza jurídico-negociáveis. Trata-se de grupos de caráter multiforme, dada a elasticidade e flexibilidade própria dos instrumentos contratuais, assim como a diversidade de sua eficácia jurídico-organizativa<sup>42</sup>.

Da análise prático-societária contemporânea, dois grandes grupos de instrumentos contratuais permitiriam a constituição dos *grupos de sociedades de base contratual*: (i) os contratos de empresa; e (ii) os contratos obrigacionais mercantis.

Nos primeiros estão as figuras contratuais específicas que buscam instituir uma relação de integração econômica, financeira ou diretiva intensa, entre duas empresas societárias. Dentre essas figuras, pode-se destacar os contratos de subordinação, os de atribuição de lucros, os de cessão de exploração de empresa, os de transferência de empresa, os de transferência parcial de lucros, os de comunhão de lucros etc.

Importante ressaltar que a validade dessa categoria foi muito discutida, tendo em vista possuir como característica fundamental o fato de que uma das sociedades envolvidas deixa de explorar a respectiva empresa de forma independente, ao final da orientação de sua própria administração, e com vistas à realização da distribuição de seus possíveis benefícios entre os sócios. Apenas, de forma gradual, tal categoria vem sendo aceita pela jurisprudência<sup>43</sup> e consagrada legalmente<sup>44</sup>.

Já a segunda categoria de contratos seriam aqueles formados por acordos ou convenções negociáveis suscetíveis de criar relações de dependência econômica e de fato entre as sociedades. Igualmente, seriam definidos negativamente, já que prescindem de análise comparativa com a primeira categoria (*contratos de empresa*) para sua classificação. Aqui estão categorizados, por exemplo, os *contratos de direito comum*<sup>45</sup>, que podem ser concluídos entre sociedades ou pessoas individuais, desde que funcionem como um meio de domínio econômico entre as sociedades.

Verifica-se, em suma, que o elemento essencial para a classificação dos grupos de sociedade de base contratual será, pois, a existência de dependência econômica<sup>46</sup>.

42 A respeito dos vários tipos de grupos de base contratual e das diferentes técnicas contratuais utilizadas, veja-se: ENGLISH, Philippe: *Les Groupes d'Enterprises à Structure Contractuelle*. Angers, 1980, p. 7; RODIÈRE, René: *Groupement et Société en Droit Français*, in: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés*, II. Giuffrè, Milano, 1968, p. 75 e ss.

43 Recorde-se da jurisprudência a propósito da admissibilidade dos contratos de *cessão de exploração de empresa (location-gérance)*. Veja-se: SAPPER, Jean: *Les Contrats d'Affiliation en Droit Français et Allemande*, en: *RTDC* (1963), p. 37 e ss.

44 §§ 291 e ss. AktG. Também o direito comunitário, no primitivo Projeto de 9ª Diretiva sobre Grupos de Sociedades (1974/75), chegou a prever expressamente tais contratos (arts. 58 e ss.), todavia, abandonada sua ideia na versão posterior do projeto.

45 Estão aqui classificados, v.g., os contratos de fornecimento, contratos de empréstimo, contratos de agência, contratos de licença, contratos de exclusividade, etc.

46 Percebe-se da prática empresarial a crescente formação de laços de interdependência, que podem ser desde uma simples colaboração em aspectos específicos das respectivas atividades (v.g., comunhão de redes de distribuição; comunhão dos esforços de investigação), até complexos acordos de integração econômica. Em razão da necessária flexibilidade e elasticidade para a concretização de operações de cooperação e concentração empresarial, os contratos tornaram-se o instrumento preferido dos empresários, tendo em vista que tais elementos são inerentes a esta figura. A prática empresarial conhece, assim, uma larga variedade de acordos contratuais suscetíveis de criar, para uma das partes contratantes, uma situação de dependência econômica de fato com relação à outra. A natureza desses contratos é, por definição, não sistematizável. Não obstante, alguns acordos, por sua frequência, merecem ser apontados a título de exemplificativo. Importante mencionar, contudo, que não se irá aprofundar nas discussões a respeito destes contratos, por não integrarem o objeto específico deste trabalho. Aponta-se, pois, os seguintes acordos que poderiam ser inseridos naquela categoria: (i) os contratos de fornecimento (supply contract; contrat de fourniture); (ii) os contratos de empréstimo (loan agreement; prêt); (iii) os contratos de agência; (iv) os contratos de factoring; (v) contratos de cooperação momentânea entre empresas; (vi) contratos de união e integração econômica (accords d'union et intégration économique); (vii) contratos de licença, de transferência de tecnologia ou de assistência técnica. Para mais informações sobre os contratos citados, veja-se: MONTEIRO, António Pinto: *O Contrato de Agência*, Anotação. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000; BARATA, Carlos L.: *Sobre o Contrato de Agência*. Almedina, Coimbra, 1991, p. 35; FRANCESCHINI, Pierre e PÉLISSIER, Lucien: *Droit et Pratique des Unions et Groupements d'Enterprises*. Moniteur, Paris, 1981, p. 303 e ss.; MERCADAL, Barthélémy e JANIN, Philippe: *Les Contrats de Coopération Interentreprises*. Éd. Juridiques Lefebvre, Paris, 1974, p. 28; BAPTISTA, Luiz Olavo e; DURAND-BARTHEZ, Pascal:

### 2.2.2.3. Grupos de base pessoal

Os *grupos de base pessoal* são aqueles resultantes da repetição de pessoas físicas nos conselhos de administração das distintas pessoas jurídicas, com capacidade para administrar as mesmas como se uma única sociedade fosse.

Não obstante, importante destacar que a simples constatação prática da comunidade de membros, porém, não é suficiente para configurar o grupo como sendo de base pessoal, razão pela qual importa distinguir duas situações.

Em uma primeira, a união dos dirigentes resulta da existência prévia de uma rede de participações sociais, que formam a base da unidade econômica. Nesses casos, a comunidade de dirigentes não é a causa, mas sim o resultado de estruturas de grupo baseadas nas participações de capital. Assim, a concentração dos poderes de direção nas mesmas pessoas apresenta-se como simples consequência do controle direto ou indireto que a sociedade participante exerce sobre as participadas. Dessa forma, tem-se que o grupo constituirá, em verdade, um mero *grupo de base societária*, na qual coexiste, de forma complementar, uma comunidade dos membros dos órgãos de administração da sociedade.

Hipótese distinta é aquela na qual a unidade econômica é fruto da *união pessoal* dos dirigentes. Nesses casos, verdadeiramente se estará diante de um grupo de sociedades de base pessoal, vez que a unidade de direção econômica entre as empresas agrupadas resulta diretamente da própria comunidade dos diretores. Aqui, a estrutura que sustenta o grupo e a unidade da respectiva direção resultam de laços pessoais, e não de laços financeiros entre as distintas sociedades que o compõe. Esses laços pessoais costumam existir entre os diretores ou administradores (*v.g.* o caso do grupo norte-americano *Rotschild*, em que três irmãos controlavam mais de 500 sociedades), mas poderão existir, também, entre os próprios sócios<sup>47</sup>, hipótese em que a comunidade de indivíduos responsáveis pela gestão das sociedades poderá proporcionar a uma delas um poderoso instrumento de domínio sobre as demais, já que asseguraria uma direta e automática interferência no seio do órgão social encarregado da condução dos negócios sociais<sup>48</sup>.

Com efeito, deve-se destacar que, ainda que os grupos pessoais apresentem uma inegável realidade econômica, o respectivo marco jurídico se revela, praticamente, impossível. Tal afirmação decorre do fato de muitas vezes os administradores de direito não serem os mesmos de fato, atuando os primeiros por determinação e vontade dos segundos<sup>49</sup>, bem como por originarem outros tipos de relações de coligação que camuflam as relações de origem pessoal<sup>50</sup>.

Por tudo isso, tem-se por regra o fato de os legisladores nacionais raramente incorporarem disposições específicas que contemplam tais tipos de grupos de sociedades em seus ordenamentos jurídicos. Exceções patentes a esta regra são, entre outras, o direito inglês, em que os acordos destinados a comunhão dos administradores de distintas sociedades (os chamados *interlocking boards of director*)<sup>51</sup> estão, extremamente, difundidos na prática societária, e o direito holandês, que admite as chamadas *cláusulas oligárquicas*; disposições

Les Associations d'Enterprises (Joint Ventures) dans le Commerce International. FEC, Paris, 1991, p. 41 e ss.; LYON-CAEN, A. : Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinationale, em: L'Entreprise Multinationale Face au Droit. Libraries Techniques, Paris, 1977, p. 110 e ss.

47 Vejam-se os casos do grupo alemão *Krupp*; o do português *Espirito Santo*, dominados por um controle familiar. CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société para Actions*. Op. Cit., p. 231.

48 Por exemplo, quando o Conselho de Administração de duas sociedades é constituído, no todo ou em parte, pelas mesmas pessoas; ou ainda, quando alguns membros da Direção da sociedade dominante são simultaneamente membros do Conselho Geral da sociedade dependente; ou um membro do Conselho de Administração da sociedade dominante assume as funções de administrador-delegado na sociedade dependente; etc.

49 Veja-se: RIVES-LANGE, Jean: *La Notion de Dirigeant de Fait au Sens de l'art. 99 de la loi de 1967*, em: RDS (1975), 8. Chronic Dalloz, Paris, 1975, p. 41 e ss.

50 GUYON, Yves: *Droit des Affaires*. Economique, Paris, 1988, p. 562.

51 Veja-se: DOLEY, P. C. : *The Interlocking Directorate*, em: 59 AER. 1979, p. 314-323; STOCKMAN, Franz; ZIEGLER, Rolf e SCOOT, John: *Networks of Corporate Power*. Polity Press, Cambridge, 1985, p. 89 e ss.

contidas nos estatutos sociais que conferem a certos acionistas direitos especiais na designação e eleição dos membros dos órgãos de administração<sup>52</sup>.

Haverá de se atentar, ainda, às dificuldades da prova de existência associadas à utilização de um instrumento de domínio (grupo de sociedades pessoal). Importante frisar que a simples existência de uma comunidade de administradores, gerentes ou diretores de duas ou mais sociedades não é elemento suficiente para deduzir qual delas é dominante e qual é dependente<sup>53</sup>. Por outro lado, deverá averiguar-se, no caso concreto, se a comunidade pessoal de dirigentes é a causa de um domínio *intersocietário* ou, tão somente, é resultado de uma situação de domínio preexistente, *v.g.*, a utilização dos instrumentos de participação de capital detida por um sócio majoritário comum<sup>54</sup>.

Outrossim, haverá que discernir, claramente, se, no caso concreto, a união pessoal entre as sociedades não reflete, em verdade, um grupo de estrutura paritária ou horizontal (grupo de coordenação), por meio do qual as sociedades envolvidas estão sujeitas a uma direção unitária comum sem que, todavia, haja dependência entre as mesmas<sup>55</sup>.

### 2.2.3. Grupos de subordinação e grupos de coordenação

A terceira e última espécie de classificação ora apresentada refere-se à distinção dos grupos de sociedades em grupos de subordinação e grupos de coordenação.

Os grupos de subordinação, também chamados de grupos verticais, são aqueles nos quais as distintas sociedades agrupadas se encontram em uma relação hierárquica de dependência. Nestes, a direção econômica unitária coexiste com a interdependência das sociedades<sup>56</sup>.

A estrutura do grupo reveste-se de uma natureza hierárquico-verticial e em seu seio “*se verifica uma subordinação forçada de todas as sociedades integrantes a uma direção econômica comum, unilateralmente definida e exercida por uma dentre elas (a sociedade mãe)*”<sup>57</sup>. Os principais instrumentos jurídicos que permitem uma estrutura dessas características são o contrato de subordinação e a participação totalitária<sup>58</sup>.

No outro extremo, estão os grupos de coordenação, também chamados de paritários ou horizontais, nos quais as distintas sociedades agrupadas, ainda que sob direção econômica unitária, se conservam independentes<sup>59</sup>.

Em tais grupos,

52 BIRON, Herman: *Les Clauses Oligarchiques en Droit Néerlandais*, em: *RPS (1961)*. Paris, 1961, p. 237-286.

53 O caso de duas sociedades, ao mesmo tempo, serem dominantes e dominadas é uma hipótese defendida por alguns. Nesse sentido, veja-se: VENTURA, Raúl: *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades*, em: 39 *ROA (1979)*. Lisboa, 1979, p. 25/26.

54 Acerca do domínio *intersocietario* originado pela coincidência do sócio principal ou majoritário das duas sociedades, veja-se: VANHAECKE, Michel: *Les Groupes de Sociétés*. LGDJ, Paris, 1962, p. 143 e ss.

55 Considere-se o caso do grupo *Unilever*, que constitui um agrupamento de uma sociedade britânica e uma holandesa, cuja unidade de decisão resulta de um acordo destinado à coincidência das pessoas que ocupam os respectivos cargos de administração (*equalisation agreement for common directors*); no caso do grupo *Dunlop/Pirelli*, etc. Acerca do grupo *Unilever*, veja-se: TINDALL, Robert E.: *Multinational Enterprises – legal and management structures and interrelationship with ownership, control, antitrust, labor, taxation and disclosure*. Oceania Publications, New York, 1975, p. 59 e ss. Sobre o grupo *Dunlop/Pirelli*, veja-se: BAYER, Wilhelm: *Horizontal Groups and Joint Venture in Europe: Concepts and Reality*, em: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1999, p. 10 e ss.

56 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

57 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 53/54.

58 RIPERT, George e ROBLOT, René: *Traité de Droit Commercial*, v. I. LGDJ, Paris, 1980, p. 550.

59 PEPE, Giorgio Schiano di: *Il Gruppo di Imprese*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 112, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 20.

“a estrutura reveste uma natureza horizontal, no seio da qual se realiza uma “transferência” voluntária das competências decisórias de várias sociedades independentes para uma instância superior de direcção, na qual todas as sociedades participam paritariamente e em pé de igualdade, instância essa responsável pela coordenação das actividades empresariais das sociedades agrupadas e pela definição da política económica geral do agrupamento”<sup>60</sup>.

A forma institucional da instância de onde emana a direcção económica unitária pode traduzir-se tanto em um órgão especial de direcção criado, especialmente, para esse fim, como assumir outras modalidades “mais discretas”, *v.g.*, as uniões pessoais das administrações das sociedades envolvidas; reuniões periódicas dos presidentes dos respectivos conselhos de administração.

A maior parte dos grupos existentes adota o modelo dos grupos de subordinação, garantindo a este o protagonismo prático-jurídico no cenário actual<sup>61</sup>.

### 3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Importa referir a existência de um problema terminológico<sup>62</sup> no âmbito doutrinário da desconsideração da personalidade jurídica. No Direito Norte-Americano, costuma-se referir-se ao instituto com a utilização dos termos “*disregard of legal entity*” (desconsideração da entidade legal) ou simplesmente “*disregard doctrine*”. Por outro lado, no Direito Brasileiro e Português, utilizam-se, indistintamente, as expressões “desconsideração da personalidade jurídica” e “levantamento da personalidade coletiva”. Já no Direito Espanhol, o instituto é conhecido como “*doctrina del levantamiento del velo social*” (doutrina do levantamento do véu social) e no Direito Alemão como “*Durchgriff bei juristischen Personen*” (penetração nas pessoas jurídicas).

A lista poderia continuar, tendo em vista a existência de diversas outras denominações distintas para o mesmo instituto jurídico, o que, por vezes, causou confusão doutrinária<sup>63</sup>. Não obstante, tendo em vista que, na prática, todas as expressões referem-se ao mesmo instituto, utilizar-se-á, indistintamente, tais expressões como sinónimas, dando-se preferência ao termo mais conhecido e utilizado pela doutrina nacional.

Antes, porém, de se proceder à análise do surgimento do instituto e suas teorias explicativas, destaca-se o fato de, apesar de tecnicamente dizer respeito à personificação da sociedade, os impactos gerados pela aplicação da Teoria da Desconsideração dizem respeito, é certo, à limitação de responsabilidade. Afinal, por meio da desconsideração será possível expandir a responsabilidade, antes limitada a uma única pessoa coletiva, aos sócios daquela sociedade (se aplicada a Teoria Subjetiva) ou demais membros do grupo (se aplicada a teoria objetiva).

#### 3.1. A origem da *disregard doctrine* no Direito Norte-Americano

No Direito Americano, a desconsideração da personalidade jurídica originou-se em razões processuais e constitucionais<sup>64</sup>, tendo surgido da aplicação de regras de equidade posteriormente levadas aos tribunais.

60 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 54.

61 Ademais, opiniões existem no sentido do enquadramento dos grupos de coordenação (ao lado de outras figuras como, por exemplo, o contrato de consórcio; ou as filiais comuns – *joint venture*; os cartéis ou acordos de não concorrência), como instrumentos de cooperação societária, antes que entre os instrumentos que servem à concentração empresarial. Veja-se: EMBID IRUJO, José: *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 160.

62 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 102.

63 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

64 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 108.

Assim, verifica-se, no caso concreto, que, diferentemente da regra de que a Equidade segue o Direito, o Direito seguiu a Equidade<sup>65</sup>.

O instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvido para explicar as distintas soluções encontradas para os problemas derivados da personalidade coletiva<sup>66</sup>, dentre os quais destaca-se<sup>67</sup>: (i) a confusão de esferas jurídicas; (ii) a subcapitalização; e (iii) os prejuízos provocados a terceiros com abuso da personalidade jurídica.

O primeiro problema ocorre quando, devido à inobservância das regras de Direito Societário, não é clara a separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios.

O segundo problema se mostra relevante<sup>68</sup> e justifica a desconsideração, sempre, que verificado que uma sociedade foi constituída com capital insuficiente para a realização de seu objeto social ou em montante incompatível com sua atuação no mercado.

Por fim, o terceiro problema decorre da utilização da personalidade coletiva de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros. Dessa forma, não basta o mero prejuízo, mostra-se necessário que este decorra “*da utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios*”<sup>69</sup>.

Em outras palavras, o abuso da personalidade jurídica consiste em uma “*situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da actuação do visado, através da utilização de uma pessoa coletiva*”<sup>70</sup>. O comportamento que suscita, portanto, o “levantamento do véu social” caracteriza-se por atentar contra a “legítima confiança” existente entre as partes. O abuso da personalidade coletiva traduziria a utilização das prerrogativas da pessoa coletiva para além dos objetivos que levaram a lei a concedê-la<sup>71</sup>.

## 3.2. Teorias clássicas explicativas da desconsideração

### 3.2.1. Teoria Subjetiva

Em relação à análise da jurisprudência dos tribunais norte-americanos, Serick<sup>72</sup> aponta as cinco hipóteses que, originalmente, levaram a desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto: (i) fraude a lei; (ii) fraude ao contrato; (iii) transmissão patrimonial fraudulenta de um devedor em favor de uma pessoa coletiva em prejuízo a terceiros credores; (iv) relações desvirtuadas entre matriz e filial em que esta for uti-

65 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958. p.95/96.

66 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

67 Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 118; FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

68 Existem dois tipos distintos de subcapitalização: (i) subcapitalização nominal; e (ii) subcapitalização material. Na primeira, a sociedade tem capital formalmente insuficiente para o objeto e atos a que se destina, podendo recorrer a capital alheio. Por outro lado, na segunda, constata-se uma efetiva insuficiência de fundos, seja próprio ou alheio. Para efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, apenas esta última é, de fato, relevante, visto que não pode ser sanada. Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização*: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global. São Paulo: Atlas, 2014.

69 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 122.

70 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 123.

71 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016, p.224.

72 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

lizada como mero instrumento para a prática de atos abusivos; (v) atos praticados pela pessoa coletiva em desconformidade com a boa-fé.

Poder-se ia resumir a aplicação dessa teoria às hipóteses em que o fato examinado revela alguma espécie de abuso derivado do privilégio da personalidade jurídica<sup>73</sup>. Esta é a base da teoria subjetiva, segundo a qual

“a autonomia da pessoa colectiva deveria ser afastada quando houvesse um abuso da sua forma jurídica, com vista para fins não permitidos. Na determinação dos tais ‘fins’ ou ‘escopos’, não permitidos, haveria que lidar com a situação objectiva e, ainda, com a intenção do próprio agente”<sup>74</sup>.

Em suma, tem-se que a desconsideração exigiria um abuso consciente da personalidade coletiva<sup>75</sup>.

Assim, caso a sociedade, por meio da atuação de seus administradores, venha a praticar determinado ato jurídico e seja insolvente, não detendo patrimônio suficiente para quitar a obrigação, teoricamente não poderia o patrimônio pessoal dos sócios ser alcançado para liquidar obrigações da sociedade, caso esta tenha sido constituída sob a forma de algum tipo societário que possua limitação de responsabilidade. Entretanto, por meio da aplicação da Teoria Subjetiva, é possível desfazer, em caso de abuso, a proteção garantida pelos princípios da autonomia societária e intangibilidade do capital social, respondendo os sócios pelas dívidas sociais.

A Teoria Subjetiva surge, assim, “como um episódio natural da evolução da ideia de levantamento: jogam-se, tão só, os pressupostos da responsabilidade civil”<sup>76</sup>, pois, não fosse a teoria da desconsideração, os sócios evitariam assumir a responsabilidade pela inexecução ou pela execução defeituosa dos negócios jurídicos praticados pela sociedade<sup>77</sup>.

### 3.2.2. Teoria Objetiva

A Teoria Objetiva surge como resposta à teoria objetiva, sendo resultado da rejeição aos elementos subjetivos necessários para se proceder à desconsideração da personalidade jurídica. Tratar-se-ia de uma evolução comum aos instrumentos jurídicos que visam à sindicância do sistema sobre as soluções jurídicas<sup>78</sup>, pois, inicialmente, faz-se tudo depender das intenções do agente, mas, uma vez conquistado o instituto, este é objetivado e passa a depender unicamente de ações contrárias ao ordenamento.

Assim, abandonada a intenção do agente, *mister* efetuar a ponderação dos institutos em jogo antes de se proceder a desconsideração, de modo a levantar a personalidade coletiva apenas quando tais institutos fossem afastados pela invocação da personalidade jurídica em desfavor à intenção normativa<sup>79</sup>.

Destarte, por meio dessa teoria, a desconsideração deixa de ser vista como pena/sanção àqueles que visam manipular o ordenamento jurídico por meio da personificação da sociedade, e torna-se mera consequência normativa.

Atualmente, estariam qualificados dentro da Teoria Objetiva todos os casos de concentração empresarial, em especial a formação de grupos de sociedade. Afetada a responsabilidade das partes, pela inaplicabilidade

73 BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine On Corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

74 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 125/126.

75 SERICK, Rolf. *Rechtsform and Realität apud* CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 125/126.

76 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 126.

77 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

78 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 127.

79 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

da intangibilidade do capital social e da vinculação patrimonial dos entes do grupo, aplicar-se-ia a Teoria do Levantamento do Véu Social e todo o patrimônio do grupo societário responderia pelas obrigações assumidas individualmente por uma das sociedades membro do grupo<sup>80</sup>.

Em suma, segundo a Teoria Objetiva, a mera existência de concentração empresarial seria motivo suficiente para a aplicação do levantamento da personalidade coletiva.

### 3.2.2.1. Teoria da Aplicação das Normas

Introduzida, em primeiro momento, por Müller-Freienfels como alternativa a teoria de Serick, a teoria da aplicação das normas prevê que a desconsideração não há de traduzir propriamente um problema geral da personalidade coletiva, mas uma questão de aplicação das distintas normas jurídicas.

Nesse sentido, quando verificado que as normas em jogo tenham “*pretensão de aplicação absoluta*” ou visem “*atingir a realidade subjacente à própria personalidade jurídica, aplicar-se-iam*”<sup>81</sup>. Conseqüentemente, o afastamento da proteção garantida pela personificação das sociedades seria mera decorrência da aplicação de normas que objetivassem tal fim.

Conclui-se, pois, que a Teoria da Aplicação das normas é, em suma, objetiva, razão pela qual se tem que esta é, em verdade, uma subespécie da Teoria Objetiva apresentada anteriormente<sup>82</sup>.

### 3.2.3. Teoria Negativista

Defendida e propagada de forma mais intensa por Wilhelm, a Teoria Negativista busca negar autonomia à desconsideração da personalidade jurídica, por esta lidar com proposições vagas que conduzem a insegurança jurídica. Assim, seria necessário determinar, expressamente, os deveres concretos que incidam sobre os membros da pessoa coletiva, de modo que, ao extremo, apenas seria possível responsabilizar os dirigentes ou administradores de sociedades por falta de diligência<sup>83</sup>.

Independentemente da teoria explicativa, impossível negar o fato de o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ter conquistado espaço nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

O levantamento da personalidade coletiva, contudo, deve, sempre, ser encarado como medida excepcionalíssima. A regra deve, sempre, ser a de privilegiar a manutenção à autonomia societária e à limitação de responsabilidade, pois a eliminação desses elementos essenciais às sociedades comerciais modernas são os mesmos da “*ilimitação*” de responsabilidade, ou seja, aumentando os riscos da atividade e os custos de acesso ao capital, de agência e de monitoramento de outros sócios, o que inviabilizaria, decerto, o desenvolvimento de diversas atividades economicamente relevantes.

Apresentado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e suas teorias clássicas, resta apenas analisar o disposto no art. 28, §§2º, 3º e 4º do CDC para verificar se houve a incorporação da teoria objetiva da desconsideração ao ordenamento jurídico nacional, ou se de fato estariam tais dispositivos eivados de vício de pertinência.

80 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

81 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.129.

82 Nesse sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

83 WILHEIM, Jan. *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person apud* CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.130.

#### 4. CONCLUSÕES: DA INCORPORAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Apesar das críticas e resistências doutrinárias, a positivação e a incorporação do instituto da desconsideração da personalidade coletiva em nosso ordenamento jurídico já vinham ocorrendo, ainda que timidamente<sup>84</sup>. Nesse sentido, aponta-se que, desde 1940, com o art. 121<sup>85</sup> da Antiga Lei das Sociedades Anônimas<sup>86/87</sup>, e, posteriormente, em 1966, com base no art. 135<sup>88</sup> do Código Tributário Nacional<sup>89</sup>, a legislação específica tratava do assunto.

Não obstante, foi com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que um diploma legal passou a enfrentar de forma mais complexa a questão do levantamento do véu social, determinando suas hipóteses de aplicação quando diante de relações consumeristas.

O artigo 28 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, seguindo a tradição do *Civil Law* de normatizar o instituto da desconsideração de personalidade jurídica, introduziu-o de forma definitiva ao ordenamento jurídico Brasileiro. Tal dispositivo restou assim redigido:

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º (Vetado).

§2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Como anunciado anteriormente, interessa-se, especialmente, pelos §§2º, 3º e 4º do artigo supracitado. Não obstante, importa-se, inicialmente, por realizar algumas considerações sobre o *caput* daquele artigo.

A primeira parte do *caput* do artigo supracitado traz uma série de critérios subjetivos para a realização da desconsideração da personalidade jurídica. Tal previsão manteve a tradição, já presente no ordenamento jurídico nacional, de se alinhar a Teoria Clássica Subjetiva do Levantamento do Véu Social.

Desde o início dos debates sobre o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, grande parcela

84 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.204/206.

85 Art. 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. § 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem: I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II, com violação da lei ou dos estatutos.

86 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm)>. Acesso em 05 jul 2016.

87 Em 1976, com o advento da Lei nº 6.404, revogou-se parcialmente a Antiga Lei das S.A., com exceção do disposto nos arts. 59 a 73, de modo que, atualmente, o que disposto no antigo art. 121 está regulado no art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas.

88 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

89 BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em 05 jul 2016

da doutrina nacional posicionou-se no sentido de defender que a segunda parte do *caput* do atual artigo 28 trazia uma verdade inovação<sup>90</sup> ao ordenamento jurídico pátrio, através da adoção de critérios objetivos como a falência e a inatividade da pessoa jurídica.

Diz-se ter sido “a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito”<sup>91</sup>. Resumindo-se os argumentos dessa corrente, ter-se-ia que, com a inclusão daquelas hipóteses, o ordenamento jurídico nacional teria passado a prever situações em que, independentemente da constatação de abuso ou fraude, poder-se-ia promover a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilizar os sócios através da aplicação da Teoria Objetiva.

Entretanto, imperioso destacar não ser este o posicionamento mais correto, pois apesar de a decretação da falência e de a constatação de estado de insolvência ou encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, sem dúvida, tratem-se de fenômenos auferíveis de forma objetiva, uma leitura mais atenta do texto legal exige que tais fatos decorram de má-administração. Nesse sentido, tem-se que o legislador nacional acabou por condicionar a desconsideração, naqueles casos, a um critério subjetivo: a má-administração.

Dessa forma, a falência, o estado de insolvência e/ou o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica em si não legitimam a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que no âmbito das relações consumeristas, pois se exige, para tanto, que qualquer daqueles decorra de má-administração. Assim, defende-se a ocorrência de uma espécie de “subjetivação” de critérios objetivos, não havendo que se falar, nesses casos, na aplicação da teoria objetiva, mas sim na aplicação da teoria subjetiva.

Por outro lado, parte da doutrina entende que os §§ 2º, 3º e 4º tratam da responsabilidade dos grupos de sociedades e não da desconsideração da personalidade jurídica, estando, segundo tal entendimento, evitados de vício de pertinência<sup>92</sup>.

Discorda-se, mais uma vez, de tal entendimento. Conforme demonstrado em momento anterior, a concentração empresarial é o elemento caracterizador do critério objetivo da desconsideração<sup>93</sup>.

Assim, ao prever a extensão de responsabilidade de uma sociedade aos demais membros do grupo societário pela simples ocorrência do fenômeno da concentração, o ordenamento jurídico nacional aderiu, nesse ponto, a teoria objetiva da desconsideração.

Conclui-se, pois, não se mostrar correto o posicionamento que defende a existência de vício de pertinência sob os §§ 2º, 3º e 4º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, pois, de fato, estão, sim, relacionados à desconsideração da personalidade jurídica. Apresentam, apenas, a peculiaridade de estar de acordo não com teoria subjetiva, como o *caput* do artigo, mas sim de acordo com a teoria objetiva do levantamento do véu social.

Nesse ponto, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor inovou o ordenamento jurídico brasileiro, que passou a prever, pela primeira vez, a possibilidade de se proceder à desconsideração da personalidade jurídica com base no critério objetivo da concentração empresarial.

Por fim, destaca-se que o §5º do mesmo dispositivo legal não encontra qualquer amparo teórico quando analisado com base nas teorias explicativas clássicas do instituto do levantamento da personalidade coletiva. Afinal, este não exige abuso ou má-fé, tampouco prevê hipótese concreta para a aplicação objetiva da desconsideração. Percebe-se, em verdade, que a interpretação literal do dispositivo pretende tornar absoluta a proteção dos créditos consumeristas e permite aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica sem restrições.

90 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 208.

91 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 208.

92 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.204/206.

93 Vide sub-tópico acima sobre o tema.

Para aqueles que avidamente buscam defender os consumidores, a opção legislativa acima retratada estaria justificada na hipossuficiência do consumidor perante as grandes sociedades comerciais. Não se nega a necessidade de se conceder tratamento protetivo especial aos consumidores hipossuficientes. Entretanto, da forma em que foi elaborado o texto normativo, torna-se regra um instituto que deve, sempre, ser tratado como exceção. Afinal, a personalidade jurídica, aliada ao benefício da responsabilidade limitada, sempre será, “de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” porquanto não permite que o consumidor alcance diretamente o patrimônio dos sócios visando a satisfação de seu crédito.

Há mais de duas décadas, a doutrina criticou, fortemente, a interpretação literal do dispositivo, que implicaria a seguinte situação análogica: “se causares prejuízo com abuso irás preso; também irás preso se causares prejuízo por má administração; e também irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo”<sup>94</sup>.

Em que pese tratar-se de crítica eminentemente hiperbólica, não se nega a validade da mesma, que serve para apontar importância de se proceder a interpretação lógica e teleológica daquele dispositivo em vez de aplicá-lo, cegamente, ao caso concreto, pois, se assim o fizesse, acabar-se-ia por desvirtuar, completamente, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n° 5, jan./mar. 1993.

ANTUNES, J. A. Engrácia. *Liability of corporate groups: autonomy and control at parent-subsidiary relationships*. Kluwer: Deventer, 1993.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o moderno paradoxo regulatório*, em: Revista DireitoGV2, v1, n°2, Jul-Dez 2005, São Paulo.

BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine On Corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

BÄLZ, Ulrich. *Groups of companies: the german approach*. Florence, 1986. p. 8 et seq.

BAPTISTA, Luiz Olavo e; DURAND-BARTHEZ, Pascal: *Les Associations d'Enterprises (Joint Ventures) dans le Comerce International*. FEC, Paris, 1991.

BARATA, Carlos L.: *Sobre o Contrato de Agência*. Almedina, Coimbra, 1991, p. 35.

BAYER, Wilhelm: *Horizontal Groups and Joint Venture in Europe: Concepts and Reality*, em: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1999.

BIRON, Herman: *Les Clauses Oligarchiques en Droit Néerlandais*, em: *RPS (1961)*. Paris, 1961.

BLAIR, Roger; LANZELLOTTI, Robert. *The conglomerate corporation: an antitrust law and economics symposium*. Cambridge: Guns & Hain, 1998.

BLUMBERG, Philippe. *The law of corporate group: problems so parent and subsidiary corporations under statutory law of general application*. Boston: Little, 1989.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.627 de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações.

94 AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n° 5, jan./mar. 1993, p. 178.

- BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.
- BROSETA PONT, Manuel. Manual de derecho mercantil, 10 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- CARREIRA, Medina. *Concentração de empresas e grupos de sociedades: aspectos histórico-económicos e jurídicos*. Lisboa: IESF, 1992.
- CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Librairies Sirey, Paris, 1962.
- CHAMPAUD, Claude: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, in: 19 RTDC (1967).
- CHEVALIER, Alain; VIGNERON, Philippe. *La gestion financière des groupes*. Paris: Dunod; Bordas, 1984.
- COMPARATO, Fabio Konder: Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions, em: *RS* (1978).
- CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- DOLEY, P. C. : *The Interlocking Directorate*, em: 59 *AER*. 1979.
- EMBID IRUJO, José: *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- ENGLISH, Philipe: *Les Groupes d'Enterprises à Structure Contractuelle*. Angers, 1980.
- FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional, in: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito Empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*, Editora, CRV, Curitiba, 2012.
- FERRAZ, Daniel Amin. *Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, nº 2, 2014.
- FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>.
- FERRAZ, Daniel Amin. *O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial*. In: UNICEUB, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1., págs 15-25, jan/jun. 2012.
- FLORES DOÑA, Maria de la Sierra: *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998.
- FRANCESCHINI, Pierre e PÉLISSIER, Lucien: *Droit et Pratique des Unions et Groupements d'Enterprises*. Moniteur, Paris, 1981.
- GORÉ, François: *Droit des Affaires*. Tome II, éditions Montchrestien, Paris, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GUYON, Yves: *Droit des Affaires*. Economique, Paris, 1988.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004.
- HERMAN, Edward. *Corporate control, corporate power*. Cambridge: Cambridge UP, 1981.
- JACQUEMIN, Alexis. *Le group de société: décentralisation dans la concentration*. In: LES GROUPES de sociétés. Haya: Martinus Nijhoff , 1972.

- LYON-CAEN, A. : Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinationale, em: L'Entreprise Multinationale Face au Droit. Libraries Techniques, Paris, 1977.
- MERCADAL, Barthélémy e JANIN, Philippe : Les Contrats de Coopération Interentreprises. Éd. Juridiques Lefebvre, Paris, 1974.
- MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A modern Library, 2005.
- MONTEIRO, António Pinto: O Contrato de Agência, Anotação. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>.
- PAILLUSSEAU, Jean : *Les Groupes de Société. Analyse du Droit Positif Français et Perspectives de Réforme*. Martinus Nijhoff, Haye, 1972.
- PENROASE, Edith. *The theory of the growth of the firm*. Oxford: Blackwell, 1980.
- PEPE, Giorgio Schiano di: *Il Gruppo di Imprese*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 112, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- RIPERT, George e ROBLOT, René: *Traité de Droit Commercial, v. I*. LGDJ, Paris, 1980.
- RIVES-LANGE, Jean: *La Notion de Dirigeant de Fait au Sens de l'art. 99 de la loi de 1967*, en: RDS (1975), 8. Chronic Dalloz, Paris, 1975.
- RODIÈRE, René: *Groupement et Société en Droit Français*, in: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés, II*. Giuffrè, Milano, 1968.
- SAPPER, Jean: Les Contrats d'Affiliation en Droit Français et Allemande, en: RTDC (1963).
- SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.
- STOCKMAN, Franz; ZIEGLER, Rolf e SCOOT, John: *Networks of Corporate Power*. Polity Press, Cambridge, 1985.
- TINDALL, Robert E.: *Multinational Enterprises – legal and management structures and interrelationship with ownership, control, antitrust, labor, taxation and disclosure*. Oceania Publications, New York, 1975.
- TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.
- UNCTAD, Word Investment Report, 2016. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/Publication-Webflyer.aspx?publicationid=1555>>.
- VANHAECKE, Michel: *Les Groupes de Sociétés*. LGDJ, Paris, 1962.
- VENTURA, Raúl: Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE, em: 41 ROA (1981), Lisboa, 1981.
- VENTURA, Raúl: *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades*, em: 39 ROA (1979). Lisboa, 1979.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades**

**The reversal of the burden of proof and the Theory of Dynamic Distribution: similarities and incompatibilities**

Leonardo Roscoe Bessa

Ricardo Rocha Leite

# A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades\*

## The reversal of the burden of proof and the Theory of Dynamic Distribution: similarities and incompatibilities

Leonardo Roscoe Bessa\*\*

Ricardo Rocha Leite\*\*\*

### RESUMO

O presente artigo aborda o ônus da prova segundo critérios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e pelo novo Código de Processo Civil (NCPC) e traça um paralelo entre os institutos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica. Discutem-se as influências entre os institutos e, principalmente, se a Teoria da Distribuição Dinâmica pode ser aplicada às relações de consumo.

**Palavras-chave:** Vulnerabilidade do consumidor. Critérios de distribuição do ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Semelhanças e incompatibilidades.

### ABSTRACT

This article addresses the burden of proof according to the criteria established by the Brazilian Consumer Protection Code (local acronym CDC) and the new Code of Civil Procedure (NCPC) and draws a parallel between the institutions of shifting the burden of proof and dynamic distribution of proof. The influences between these institutions are also discussed and, especially, if the theory of dynamic distribution applies to consumer transactions.

**Keywords:** Vulnerability of consumer. Criteria for shifting the burden of proof. Shifting the burden of proof. Dynamic distribution of the burden of proof. Similarities and incompatibilities.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo realiza paralelo entre a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n 8.078/1990) e a distribuição dinâmica do ônus da prova, instituída pelo novo Código de Processo Civil (NCPC - art.373, §1º). Analisam-se as in-

\* Recebido em 17/11/2016

Aprovado em 18/11/2016

\*\* Doutor em Direito Civil pela UERJ, Mestre em Direito Público pela UnB, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UNICEUB, Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal (MPDFT)

\*\*\* Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Juiz no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Email: rrochaleite@gmail.com

fluências recíprocas e, principalmente, se o novo regime de distribuição dinâmica do ônus da prova se aplica às relações de consumo.

O ônus da prova, instituto de direito processual, deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo. A visão de que o ônus da prova utiliza como critério somente a posição jurídica da parte no processo está superada há tempos. Cabe ao magistrado proceder à análise de forma contextualizada e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré. O processo é um instrumento para a obtenção do direito material e seu ideal de efetividade requer, necessariamente, um olhar panorâmico da relação jurídica. Essa interpretação coordenada das regras processuais à luz do direito material fomentou os critérios estabelecidos no CDC (art. 6º, VIII) e a Teoria da Distribuição Dinâmica no novo Código de Processo Civil (art. 373, §1º).

Com esse propósito, após discorrer sobre a distribuição estática do ônus da prova e suas críticas, aborda-se o surgimento do CDC para destacar que suas disposições de direito material e processual buscam, em última análise, equilibrar as relações entre desiguais e devem ser aplicadas e interpretadas com essa perspectiva.

Na sequência, são apresentados os delineamentos da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor, bem como a nova sistemática da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. A parte final do artigo dedica-se a indicar as influências recíprocas entre ambos os institutos.

## 2. CRITÉRIO ESTÁTICO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em regra, vigora, no processo civil, o critério estático da distribuição do ônus da prova (artigo 333 do CPC/1973 e artigo 373 do CPC vigente)<sup>1</sup>. Cabe à parte autora demonstrar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse comando é dirigido ao juiz no caso de, encerrada a fase instrutória, ainda restar a dúvida<sup>2</sup>. É possível afirmar, também, que é direcionada às partes, ou seja, é uma regra de conduta, porquanto tem o condão de informar previamente a quem compete o ônus da prova. A racionalidade da norma é que a parte deve provar aquele fato que lhe beneficia e não o fato prejudicial.

O ônus da prova é antecedido pelo ônus da afirmação ou ônus da alegação. Primeiramente, a parte deve alegar e, posteriormente, comprovar o fato. A afirmação de um fato feita pelo autor e a resistência do réu tornam os fatos controvertidos e constituem o objeto de prova. Esses fatos relevantes fixam os contornos de atuação do juiz no processo e delimitam o provimento judicial a ser prolatado. Mesmo nos fatos notórios, que prescindem de prova, não há dispensa de sua afirmação, porquanto a parte visa obter uma consequência advinda da sua ocorrência. Da mesma forma, os fatos confessados pela outra parte, incontroversos e em cujo favor milite alguma presunção legal de existência ou veracidade.

As principais teorias acerca dos critérios de distribuição do ônus da prova estão embasadas em três pontos: o primeiro está ligado à natureza dos fatos que fundamentam a pretensão das partes (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos); a segunda teoria está alicerçada nos pressupostos de fato que embasam a norma jurídica, cabendo a cada parte provar aquilo que lhe é favorável e, por fim, a terceira teoria se reporta à posição da parte em relação ao efeito jurídico desejado.

Giuseppe Chiovenda, sob o ponto de vista da aplicação do ônus da prova, vislumbra na sua repartição um princípio de justiça distributiva e menciona o critério do interesse. Se o autor não provar os fatos que

1 A regra foi mantida, *mutadis mutandis*, no novo CPC: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

2 Leonardo Greco denomina como “[...] regras de fechamento do sistema probatório, apenas aplicáveis em caso de dúvida GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013. p.571.

afirma, o réu não tem necessidade de provar coisa alguma<sup>3</sup>. O fato constitutivo parte da normalidade de uma condição específica, “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos”<sup>4</sup>. Em relação ao réu, “deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem para os fatos constitutivos, falta que impede a esses produzir o efeito que lhes é natural”<sup>5</sup>.

Francesco Carnelutti assevera que a função do ônus da prova se embasa na “determinação dos fatos controvertidos desconhecidos para o juiz”<sup>6</sup>. Destaca o risco a ser suportado pela parte no caso da falta ou insuficiência da prova e acrescenta que o interesse na demonstração da prova é bilateral, pois, uma vez afirmado o fato, cada parte possui o interesse de provar sua existência ou inexistência. E conclui: “quem propõe uma pretensão em julgamento deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe por sua parte uma exceção deve provar os fatos de que resulta [...]”<sup>7</sup>.

Leo Rosenberg destaca os aspectos de direito material que são necessários na distribuição do ônus da prova. A cada parte compete comprovar os fatos que se amoldam às normas jurídicas que lhe são favoráveis, ou seja, é um critério de autobenefício. O autor parte da natureza dos fatos alegados pelas partes e destaca que o ônus da afirmação e da prova serão distribuídos segundo as características definidas na disposição legal que se enquadram<sup>8</sup>.

À luz dessas teorias, é possível inferir sua importância e compatibilidade com a legislação processual civil brasileira, que adotou, como regra, o caráter distributivo do ônus da prova em observância à natureza dos fatos e à posição jurídica ocupada pelas partes. Todavia, esse critério não é suficiente para a resolução de todos os casos<sup>9</sup>. Em complemento, surgiram outras teorias, dentre elas a chamada Teoria da Distribuição dinâmica do ônus da prova, reconhecida pela doutrina processualista e prevista expressamente no CPC.

## 2.1. Críticas ao critério estático

De um modo geral, as clássicas obras sobre o ônus da prova defendiam o critério estático como a melhor forma de distribuir os encargos probatórios no processo. A justificava funda-se na necessária segurança jurídica como medida de previsibilidade do direito<sup>10</sup>. Também se vislumbrava à época uma situação de incerteza gerada pela ampliação dos poderes do juiz ao atribuir-lhe a possibilidade de redistribuir os ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, razão pela qual via-se o ônus de forma objetiva, como regra de julgamento<sup>11</sup>.

Giuseppe Chiovenda destaca o critério da oportunidade na produção da prova e sinaliza a dificuldade da formulação de um critério geral do ônus da prova. Consoante o entendimento do jurista italiano, “[...] Não

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 448.

4 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 451.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 451.

6 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p. 48.

7 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p. 257.

8 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956. p. 91.

9 Robson Renault Godinho, ao abordar a distribuição do ônus da prova sob a perspectiva constitucional, assevera: “Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável de lhe ser negada a tutela dos direitos”. GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 294. O mesmo entendimento é apresentado por Gustavo Badaró: “O critério, adotado pelo Código de Processo Civil, fundado no direito material, não satisfaz plenamente. Tem grande utilidade como regra geral, mas não é isento de críticas BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 253.

10 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956. p. 59.

11 MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989. p. 96-97.

é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa<sup>12</sup>. Destoou, de forma mais significativa desse método estanque, o jurista e filósofo inglês Jeremy Bentham, que, com sua visão utilitarista, argumentava que a solução prática do caso deveria observar o máximo de utilidade e bem-estar para as pessoas afetadas.<sup>13</sup>

Essa teoria foi de certo modo resgatada no final do século XX por juristas argentinos, sob a direção de Jorge W. Peyrano<sup>14</sup>, que se valeram da teoria da situação jurídica processual de James Goldschmidt. Vislumbrava-se no processo a existência de uma relação jurídica e a consideração dinâmica do direito.<sup>15</sup> A aplicação dessa teoria é indicada para os casos nos quais o critério legal ou estático não funciona adequadamente e busca a análise pelo juiz de cada processo que é posto à sua apreciação.

Independe a posição jurídica ocupada pela parte (autor ou réu), bem como a natureza do fato que é objeto de prova (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Não impera a máxima probatória de que o ônus compete a quem alega, pois a sua finalidade é impor-lhe à parte que tem melhores condições de produzir a prova e atua como um complemento para melhor alcance da efetividade e da justiça possível para as partes litigantes.<sup>16</sup>

A estipulação apriorística pelo legislador dos critérios de distribuição do ônus da prova não leva em consideração todas as particularidades e as especificidades dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário. Esse critério prévio, em algumas hipóteses, pode vir a se dissociar da visão constitucional do processo como instrumento que almeja um resultado efetivo. Para a obtenção de uma tutela jurisdicional possivelmente mais justa, há o incremento dos poderes instrutórios do juiz na tentativa de evitar que permaneça no estado da dúvida após o encerramento da instrução processual.

A visão estática do ônus probatório é objeto de críticas há tempos, pois não considera a aptidão da parte acerca do ônus que lhe é imposto em determinado caso. A distribuição dinâmica do ônus da prova teve pioneira discussão nos casos de responsabilidade civil do profissional, notadamente na hipótese de responsabilidade médica. O primeiro caso que evidenciou a insuficiência do critério estático como regra na distribuição do ônus da prova cuidava-se de ação indenizatória ajuizada por paciente, sob o argumento de que a cirurgia realizada pelo médico foi mal sucedida. Segundo essa teoria, a prova do fato constitutivo da lesão cirúrgica seria mais facilmente produzida pelo médico, o qual possuía condições técnicas mais favoráveis para sua obtenção. A visão solidarista e de justiça distributiva do processo como instrumento de poder é encampada por essa teoria.<sup>17</sup>

12 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 448.

13 Segundo o autor: “La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la puede aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y BENTHAM, Jeremías. *Tratado de la pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJEA, 1971. v. 2. p.149.

14 José Batista Lopes destaca: “Em verdade, o que Peyrano fez foi um *aggiornamento* da posição de Bentham, na medida em que procura demonstrar a insuficiência do critério estático e invariável (atribuição ao autor do ônus de demonstrar os fatos constitutivos e ao réu, os extintivos, impeditivos e modificativos). O autor argentino preocupa-se predominantemente com a possibilidade de injustiças, se mantido o rigor das regras legais sobre o ônus da prova”. LOPEZ, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 204, p. 236, 2012.

15 PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 13.

16 Jorge W. Peyrano apresenta duas conclusões: a primeira relacionada à efetiva colaboração das partes na formação do convencimento judicial, o chamado princípio da solidariedade; e a segunda conclusão, que retrata seu caráter excepcional, pois somente deve ser aplicada se as regras legais não se mostrarem suficientes para a resolução do caso. PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.20-21. Ainda sobre a incidência excepcional da teoria, Inés Lépori White: “[...] esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que se trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad”. WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 60.

17 Inés Lépori White resalta a utilização da equidade pela teoria da distribuição dinâmica da prova: “Pues bien, yo me pregunto: ¿es acaso posible garantizar el derecho de defensa sin asegurar antes la justicia? ¿Qué garantía de defensa tiene la parte que queda a

No Brasil, o CDC, com o objetivo de equilibrar – material e processualmente – o vínculo entre fornecedor e consumidor, estabelece o direito à inversão do ônus da prova quando se constatar, no caso concreto, a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas alegações (art. 6º, VIII). Nos itens seguintes, contextualiza-se o surgimento da lei de proteção ao consumo a par de realizar análise mais detida sobre a inversão do ônus da prova.

### 3. PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Para compreender o contexto maior de proteção ao consumidor decorrente da inversão do ônus da prova, faz-se breve referência aos antecedentes e motivos da edição da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

A proteção jurídica do consumidor pelo Estado inclui-se em contexto histórico no qual o Código Civil (CC) perde seu caráter centralizador de regência das relações privadas e, ao mesmo tempo, em época na qual se multiplicam as normas que consideram as características reais do sujeito – o sujeito concreto, com suas especificidades –, afastando-se do paradigma oitocentista de homem abstrato e igualdade formal.<sup>18</sup>

O consumidor é a parte frágil nas mais diversas e variadas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo, o qual, principalmente em sua atual conformação massificada, enseja, sob diversos enfoques, potencial e constante ofensa aos interesses materiais e existenciais do consumidor.

As sofisticadas estratégias de *marketing* e publicidade, antes de qualquer objetivo de informação ou mesmo de atender a necessidades reais, criam vontades de consumo, estimulam o consumismo. São frequentes as práticas comerciais que, além de influenciar ambiente ideal de concorrência, afetam diretamente interesses dos consumidores, com diminuição das qualidades dos produtos e serviços e aumento de preços.

Produtos fabricados e comercializados em série podem se traduzir em defeitos em série, com prejuízos morais e materiais. Os constantes chamamentos públicos (*recall*) realizados pelas empresas para reparo de produtos evidenciam a dimensão do tema.<sup>19</sup> No ambiente virtual, observa-se o aumento numérico de vendas por meio do comércio eletrônico e, paralelamente, ofensa à privacidade do consumidor no que se refere à proteção dos seus dados pessoais.<sup>20</sup>

Destaque-se, ainda, a sensível distância existente entre o relacionamento que ocorre *antes e depois* da venda. Os desrespeitos ao consumidor, após contratação do serviço e compra do produto são notórios. Acrescentem-se condutas que ofendem direitos da personalidade do consumidor, como cobrança abusiva de débitos (ofensa à honra), filas com mais de uma hora de duração, atendimentos pelos *call center*, com demora e desinformação, dificuldade e abusos no exercício de direitos que implicam cancelamento – denúncia – dos contratos de longa duração etc.

---

merced de la contraria porque no está al alcance de sus posibilidades materiales la prueba del caso, como en una mala praxis médica o un acto simulado? La justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces, a mi entender, el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 66.

18 BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

19 O *recall* está previsto no art. 10 do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo é evitar acidentes de consumo em situações nas quais se descobre o defeito após colocação do produto no mercado de consumo. “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. § 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

20 Sobre o significado atual e importância de proteção jurídica da privacidade, principalmente no aspecto relativo aos dados pessoais v., por todos, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado propiciou a edição de normas específicas de proteção a esse sujeito, principalmente a partir da década de 70.<sup>21</sup> A Resolução 39/42 da Organização das Nações Unidas (ONU) reflete a existência de certo consenso na necessidade de proteção ao consumidor pelo Estado. Foi editada em 1985. Recomendou que os governos desenvolvessem e reforçassem uma política firme de proteção ao consumidor para atingir os seguintes propósitos: proteção da saúde e segurança; fomento e proteção dos interesses econômicos do consumidor; fornecimento de informações adequadas para possibilitar escolhas acertadas; educação do consumidor; possibilidade efetiva de ressarcimento do consumidor e liberdade de formar grupos e associações que possam participar das decisões políticas que afetem os interesses dos consumidores.

É nesse contexto que o Brasil estrutura a proteção normativa do consumidor a partir da Constituição Federal de 1988 (CF), a qual inclui a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais (art. 5º, XXXII), reconhecendo implicitamente haver desigualdade material – a ser corrigida – entre consumidor e fornecedor. Ademais, explicitou-se que a defesa do consumidor constitui-se princípio a ser observado por qualquer atividade econômica (art. 170, V).<sup>22</sup>

Em atenção ao disposto no art. 48 das disposições constitucionais transitórias (ADCT),<sup>23</sup> editou-se, em setembro de 1990 a Lei 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor<sup>24</sup>, cujo inciso I, do art. 4º, explicita que a necessidade de defesa do consumidor decorre de sua fragilidade, que, tecnicamente, recebeu a denominação de *vulnerabilidade*.

21 Diversos países, principalmente a partir da década de 70, editaram normas de tutela dos interesses dos consumidores. Cite-se, apenas, a título de exemplo, a Lei alemã de 09.12.1976, conhecida como *AGB-Gesetz*, sobre condições gerais dos contratos, Lei francesa de 22.12.72 relativa à venda a domicílio, e o *Fair Credit Reporting Act* de 1970, que, ainda hoje, disciplina os bancos de dados de proteção ao crédito nos Estados Unidos. Todavia, o “nascimento” do Direito do Consumidor ocorreu na década anterior. A doutrina aponta como momento simbólico de surgimento da proteção do consumidor a mensagem do presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, dirigida, em 15 de março de 1962, ao Congresso norte-americano na qual conferiu ênfase à necessidade de proteção aos interesses do consumidor, destacando, entre outros pontos, a necessidade de qualidade dos produtos, informação adequada, preços justos, participação do consumidor em decisões governamentais que afetem seus interesses. É justamente em razão desse acontecimento, ocorrido no dia 15 de março, que se comemora no mundo inteiro o Dia do Consumidor. No Brasil, foi por intermédio da Lei n.º 10.504, de 08 de julho de 2002, que se instituiu o dia Nacional do Consumidor. O art. 2.º estabelece que, no dia 15 de março, “os órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor promoverão festividades, debates, palestras e outros eventos, com vistas a difundir os direitos do consumidor.”

22 Ainda sob perspectiva constitucional, a dignidade da pessoa humana, fundamento expresso da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição), justifica a proteção da pessoa humana no mercado de consumo. De fato, “a proteção do consumidor deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana. Gustavo Tepedino, o qual, sustenta, com absoluta propriedade, que o art. 5º, XXXII, art. 170, V, devem ser analisados em conjunto com o disposto no art. 1º, III e 3º, III, da Constituição Federal: “O Constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor com uma categoria per se considerada.” A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica Civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 279-281.

23 “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

24 O CDC inspirou-se em importantes modelos legislativos de outros países. A maior influência veio do *Projet de Code de la Consommation*. Os direitos básicos do consumidor foram extraídos da Resolução 39/248, da ONU. Merecem referência, também, a Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios da Espanha (Lei 26/1984), a Lei 29/81, de Portugal, a Lei Federal de Protección al Consumidor, de 05 de fevereiro de 1976, do México e a *Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979, no Quebec. Em relação a matérias específicas, houve inspiração no Direito Comunitário europeu: Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Concernente à proteção contratual do consumidor, citem-se o Decreto-lei 446/85 de Portugal e a *Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de dezembro de 1976, da Alemanha. A influência do direito norte-americano decorreu diretamente do *Federal Trade Commission Act*, do *Consumer Product Safety Act*, do *Truth in Lending Act*, do *Fair Credit Reporting Act* e do *Fair Debt Collection Practices Act*. Registre-se, ainda, influência indireta na medida em que as regras europeias mais modernas de proteção ao consumidor inspiraram-se nos casos e estatutos americanos. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 10.

O Código de Defesa do Consumidor protege o sujeito fraco da relação de consumo<sup>25</sup> e o faz por meio de normas materiais, administrativas, penais e processuais. Ademais, considera-se, que, invariavelmente, não é suficiente delinear direitos materiais sem algum equilíbrio de forças no âmbito do processo civil. Nessa linha, a lei estabeleceu alguns benefícios processuais para facilitar a defesa dos interesses do consumidor em juízo: 1) inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII); 2) vedação da denunciação da lide em algumas situações (art. 13, parágrafo único c/c o art. 88); 3) possibilidade de ajuizamento da ação no domicílio do consumidor (art. 101, I); 4) possibilidade de tutela de direitos metaindividuais no mercado de consumo (art. 81 a 104).

Considerando-se o objetivo do presente artigo, o item seguinte realiza abordagem sobre a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII).

#### 4. PANORAMA SOBRE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

O advento do CDC, em 1990, fomentou a discussão sobre a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova. O art. 6º, VIII, assegura a facilitação da defesa do consumidor, em termos processuais, pela possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil. Essa proteção encontra seu fundamento no reconhecimento da dificuldade prática de os consumidores demonstrarem os elementos fáticos que integram a causa de pedir e sustentam a sua pretensão. A finalidade da inversão do ônus da prova ultrapassa a necessidade de promover a igualdade substancial. Possui caráter didático: pauta a atuação futura do fornecedor que deve agir no mercado com lealdade e respeito.

A inversão do ônus da prova, como conceitua Érico de Pina Cabral, é “um direito subjetivo do consumidor no processo civil, quando ‘a critério do juiz, for verossímil a alegação e hipossuficiente o consumidor, segundo as regras ordinárias da experiência’”.<sup>26</sup>

O disposto no art. 6º, VIII, do CDC é, majoritariamente, compreendido pela doutrina como inversão *ope iudicis*, isto é, ocorre a partir de exame e determinação do juiz. Nesse sentido, entende-se que não se trata de inversão legal e automática, mas sim decorrente da análise objetiva do juiz quanto à presença dos respectivos pressupostos.<sup>27</sup>

De outro lado, sustenta-se exegese mais restrita: a norma em questão confere poder ao juiz, apenas, para aferir, no caso concreto, a presença dos requisitos que determinam a inversão, porquanto, uma vez identificados, torna-se consequência necessária a decisão pela inversão do ônus da prova. Nesses termos, tratar-se-ia de inversão *ope legis* – decorrente de determinação legal.<sup>28</sup> Essa divergência não ganha relevo na prática, pois, independentemente do entendimento adotado, verifica-se a necessidade de aferição dos requisitos referidos na norma do art. 6º, VIII, do CDC, pelo juiz, na hipótese *in concreto*, a partir de parâmetros objetivos, para a que se aplique a inversão do ônus da prova<sup>29</sup>.

Cabe destacar que as normas CDC são de ordem pública e de interesse social (art. 1º, CDC), o que implica reconhecer que suas determinações são de aplicação cogente, de observância necessária. Trata-se de um desdobramento das normas de proteção de um segmento social considerado vulnerável.<sup>30</sup> A inversão do ônus da prova situa-se no rol dos direitos básicos do consumidor e medida processual de efetivação do princípio geral de facilitação da defesa de seus direitos, devendo ser deferida independentemente de reque-

25 Sobre relação de consumo e incidência do Código de Defesa do Consumidor, v. BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

26 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 369.

27 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214.

28 Nesse sentido, ver GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 36, 1995.

29 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214.

30 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 405-406.

rimento específico no processo<sup>31</sup>.

Na sequência, antes do paralelo entre o CDC e novo CPC, abordam-se três questões: a diferença conceitual entre vulnerabilidade e hipossuficiência; a alternatividade ou cumulatividade dos requisitos elencados pelo art. 6º, VIII, do CDC; e o momento processual da inversão do ônus da prova conforme evolução jurisprudencial do STJ.

#### 4.1. Os pressupostos para inversão do ônus da prova no CDC

A inversão do ônus da prova é uma medida que excepciona a regra estabelecida no art. 373, do CPC. Subordina-se à existência de pressupostos elencados expressamente na lei para sua adoção *in concreto*: a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

Verossímil é o que se apresenta como verdadeiro, quando o fato alegado reveste-se da aparência da verdade, aferida pelo juiz, considerando-se os mais diversos critérios, tais como os sociais, técnicos, jurídicos, econômicos<sup>32</sup>.

Para tratar do outro requisito, é importante, antes, destacar a distinção dos conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade. Em face do que dispõe o art. 4º, I, do CPC, todos os consumidores são vulneráveis. De modo diverso, a hipossuficiência é uma circunstância processual de desigualdade, significa dificuldade de realizar a prova de determinado fato. É possível visualizar a vulnerabilidade como condição material, estabelecida pelo CDC, que se estende a todos os consumidores, ao passo que a hipossuficiência é condição processual, cuja presença depende do convencimento judicial. Nesse sentido, Érico de Pina Cabral ensina que a hipossuficiência é “conceito relacional, formulado a partir da comparação entre dois polos da relação processual e que tem, como objetivo, garantir a simetria na produção das provas para julgamento da lide”<sup>33</sup>.

Em geral, a hipossuficiência, como causa da impossibilidade fática do consumidor de realizar prova e sustentar sua pretensão, é identificada como ausência de condição econômica para arcar com os custos do processo. No entanto, a falta de condições econômicas, por si só, não caracteriza a hipossuficiência do consumidor para realização da prova, mas sim a constatação de que a produção da prova constitutiva de seu direito será praticamente impossível por falta de condições técnicas para tanto.<sup>34</sup> A impossibilidade pode se dar pelo fato de que as provas a serem produzidas não se encontram no poder do consumidor e sim com o fornecedor, a quem se resguarda o direito não produzir provas contra seus próprios interesses.<sup>35</sup>

Assim, conforme sustenta José Rogério Cruz e Tucci, em razão da dinâmica das relações de consumo – cujo poder de direção e conhecimento especialização pertencem, como regra, ao fornecedor –, a clássica regra da distribuição do ônus da prova contida no art. 373 do novo CPC (que reproduz a regra do art. 333

31 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 405-406.

32 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 372.

33 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 380.

34 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 377.

35 Consumidor. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e de compensação por danos morais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Art. 14 do CDC. 1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. 2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência. 3. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. 4. Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico e tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. 5. Recurso especial não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 1155770 PB 2009/0191889-4. Relator: Min. Nancy Andriighi. Brasília 15 de dezembro 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 09 mar. 2012.

do CPC/1973) pode tornar-se injusta no âmbito das relações de consumo, em razão da disparidade de armas entre o consumidor e o fornecedor, a parte mais bem informada da relação de consumo.<sup>36</sup>

## 4.2. Alternatividade dos requisitos?

É necessário, para cumprir o objetivo do trabalho, analisar divergência doutrinária quanto à cumulatividade dos pressupostos elencados no art. 6º, VIII, do CDC. Leitura literal do dispositivo sugere que apenas um desses requisitos (hipossuficiência ou verossimilhança) é suficiente para se proceder à inversão do ônus da prova.<sup>37</sup>

Para Teresa Arruda Alvim, o legislador equivocou-se ao não colocar a partícula “e” no lugar da partícula “ou”. Os dois pressupostos são exigidos para que haja a inversão.<sup>38</sup> Segundo esse entendimento, mesmo que verossímil a alegação do consumidor, não se justifica a inversão do ônus da prova se não constatada a hipossuficiência, dado que, *in casu*, consumidor e fornecedor estão em paridade de armas no processo, não se justificando o tratamento favorecido ao consumidor. A inversão baseada em apenas um desses fatores, conforme lição de Alexandre Freitas Câmara, leva a resultados injustos pois desequilibra o processo, viola a garantia da isonomia e, por consequência, a do devido processo legal.<sup>39</sup>

No mesmo sentido, sob outra perspectiva, é possível constatar que, embora com dificuldade de provar sua pretensão em juízo (hipossuficiente), as alegações do consumidor não são dotadas de um mínimo de razoabilidade ou de provável veracidade (verossimilhança).<sup>40</sup> Ilustre-se com extravio de bagagem e alegação do consumidor de que havia dois ou três casacos de couro – e várias outras peças de roupas de inverno – para viagem turística em local tropical. Sustenta-se, diante desse quadro, ser necessária a presença de ambos os pressupostos para realizar a inversão do ônus com base no CDC: verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor. É equivocada a ideia de inverter-se o ônus da prova quando a alegação não for verossímil ou, sendo verossímil, não se constatar a hipossuficiência do consumidor quanto à produção da prova.

## 4.3. Momento da inversão do ônus da prova no CDC

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor pode, em tese, ocorrer em três diferentes momentos: (1) no início do processo – quanto há a citação do fornecedor-réu; (2) no saneamento do processo, por intermédio de decisão judicial que dá conhecimento às partes sobre sua aplicação; (3) no momento da sentença, adotando a inversão como regra de julgamento.<sup>41</sup>

O momento processual da inversão do ônus da prova gerou intenso debate na doutrina e nos tribunais. Várias críticas foram apresentadas a todas as correntes. A inversão no momento inicial do processo – dando ciência ao fornecedor-réu no momento da citação – suscita críticas fundamentadas no argumento de que haveria julgamento antecipado da causa, por dar-se antes das alegações do réu.

A inversão no momento do julgamento do processo enfrenta crítica concernente à violação das garantias processuais do fornecedor – contraditório e ampla defesa –, no sentido em que não lhe seria dada oportunidade de defesa adequada, posto que a decisão sobre a inversão – e, conseqüentemente, sobre a necessidade

36 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Código do consumidor e processo civil*: aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 33.

37 Nesse sentido: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 210.

38 ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre processo no Código de Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 256, 1994.

39 CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord). *Procedimentos especiais cíveis*: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1091.

40 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 379-383.

41 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215

de produção de provas pelo fornecedor – só se daria quando não mais existisse a oportunidade de fazê-lo.<sup>42</sup> Após exaustivo debate, assentou-se, no âmbito do STJ, que a inversão deve ocorrer na fase de saneamento do processo<sup>43</sup>. Fundamenta-se essa posição em dois argumentos: (i) respeito ao contraditório e ampla-defesa e (ii) possibilidade de realizar o juízo da verossimilhança das alegações do autor.

A aplicação da regra de inversão na fase de saneamento e organização do processo evita tomar as partes de surpresa, permitindo ao fornecedor, na hipótese de deferimento da medida, produzir provas para a instrução do feito. Ademais, é inconcebível que se faça um adequado juízo de verossimilhança acerca das alegações do autor sem que antes o juiz tome conhecimento dos fatos apresentados pelo fornecedor-réu.<sup>44</sup> Essa posição influenciou a redação do art. 373, § 1º, do CPC, a qual estabelece que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ocorrer por decisão fundamentada “caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

## 5. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA NO CPC

A distribuição dinâmica do ônus da prova está, expressamente, prevista no artigo 373, §1º, do CPC<sup>45</sup>, o qual determina que, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa no que tange à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo e a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, pode o magistrado distribuir o ônus de forma diversa. Observa-se de imediato a aproximação com o pressuposto da hipossuficiência do consumidor que, em síntese, significa a dificuldade de produzir prova sobre determinado fato.

É possível inferir do dispositivo a intenção do legislador de também abarcar o ônus da prova subjetivo para induzir o comportamento das partes na atividade probatória. Essa teoria está embasada em três argumentos fundamentais: “i) pressupõe uma visão cooperativa e publicista do processo civil; ii) busca promover a igualdade, em sentido material, das partes; iii) fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil”<sup>46</sup>.

Para parcela da doutrina, a dinamização da prova é uma regra de julgamento, ou seja, não haveria necessidade do conhecimento prévio das partes acerca de sua aplicação pelo juiz<sup>47</sup>. Contudo, o CPC tem por escopo assegurar ao máximo o contraditório às partes, inclusive em matérias de ordem pública<sup>48</sup>. É o que se tem denominado de contraditório substancial. Nesse sentido, o artigo 357, inciso III, que trata da fase de saneamento e organização do processo, prevê que o juiz deverá definir a distribuição do ônus da prova,

42 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 802832/MG*. Segunda Seção. DJ13 abr 2011. Voltaire de Lima Moraes também explicitou esse entendimento: “Em sendo assim, o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a audiência de conciliação, o juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, §2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquele que recebeu o encargo de provar”. MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas essenciais direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6. p.583-584.

44 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 400.

45 Art. 373. §1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

46 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo de conhecimento: provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445.

47 PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinâmicas”. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 22-23.

48 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

observado o artigo 373<sup>49</sup>. O CPC adotou, expressamente, a Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova e a tratou como uma regra de instrução ou procedimento. Como adiantado, a nova lei processual alinhou-se com a jurisprudência do STJ construída a partir da discussão sobre o momento da inversão do ônus da prova no direito do consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

### **5.1. A impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova e a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário**

A descrição legal da Teoria da Distribuição Dinâmica, prevista no artigo 373, §1º, do CPC, prevê como um dos requisitos a impossibilidade ou dificuldade de produzir a prova por uma das partes. Ao mesmo tempo, o dispositivo legal elenca a sua contraface: a facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Dessa forma, cada um dos requisitos reflete a situação de uma parte na relação processual, ou seja, para uma é impossível ou excessivamente difícil a prova de um fato e, em contrapartida, a parte adversa detém melhores condições de produzir aquele meio de prova.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado e que deixa a critério do juiz a sua elucidação, observadas as peculiaridades da causa. Cabe ao magistrado distribuir o ônus a quem detém os elementos da prova. Com base nessa interpretação calcada no modelo cooperativo de processo, embora o texto legal se reporte à alternatividade dos requisitos (excessiva dificuldade “ou” maior facilidade de obtenção da prova), não é possível inferir logicamente que, para o reconhecimento do instituto, seja possível essa aplicação alternada.

Caso se entenda que basta um dos requisitos, evidenciada, no caso concreto, a dificuldade na obtenção da prova para uma das partes, possível se torna a aplicação da teoria. Não caberia ao magistrado perquirir sobre a facilidade da obtenção da prova do fato contrário pela parte adversa. Contudo, essa situação processual é vedada no parágrafo seguinte (art. 373, § 2º, do CPC), que repele a distribuição dinâmica do ônus da prova quando gere excessiva dificuldade também para a outra parte. É a chamada “prova diabólica”. Dessa forma, a melhor interpretação é que o magistrado se atenha ao encargo de ambas as partes e, para isso, há necessidade que os requisitos sejam analisados cumulativamente.

### **5.2. A prova “diabólica” na teoria da distribuição dinâmica**

A prova muito difícil ou impossível de ser comprovada é denominada de prova “diabólica” ou odiosa e normalmente está associada à atribuição da prova de um fato negativo. O artigo 373, § 2º, do CPC, prevê: “A decisão prevista no §1º desse artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. A situação contempla um limite à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois essa pressupõe uma situação de desigualdade<sup>50</sup>. A dosagem a ser feita pelo juiz, na tentativa de reequilibrar as partes, tem de ser criteriosa, pois não é possível inverter a desigualdade.<sup>51</sup>

O limite material da distribuição dinâmica do ônus da prova é verificado na alteração do encargo probatório que cria uma prova “diabólica” reversa, ou seja, o deslocamento do ônus da prova é inviável por se tratar de um fato excessivamente difícil ou impossível de ser comprovado pela outra parte<sup>52</sup>. Inclusive, essa situação pode ser evidenciada posteriormente, em decorrência de fato ou circunstância superveniente que

49 Art. 357. III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

50 BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (Dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 104.

51 FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, p. 31-32, 1993.

52 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 188.

venha alterar o panorama até então traçado no processo<sup>53</sup>.

A prova “diabólica” pode ocorrer de forma unilateral, ou seja, o fato é impossível ou extremamente difícil de ser comprovado por uma das partes, mas viável para outra. Nesse caso, cabe ao juiz distribuir dinamicamente esse ônus, para que o fato seja comprovado por aquela parte que tem melhores condições de fazê-lo. O problema surge quando a prova é bilateralmente diabólica, ou seja, a prova do fato é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes. Nessa hipótese, não há se falar na possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.<sup>54</sup>

## 6. PARALELO ENTRE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (CDC) E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA (CPC)

Ao estabelecer um critério judicial como facilitador processual (art. 6º, VIII), o legislador teve por propósito reconhecer a dificuldade de o consumidor, em algumas hipóteses, comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Esse desiderato, em linhas gerais, possui certa correspondência com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no que diz respeito à hipossuficiência.<sup>55</sup>

O ponto de contato entre os institutos é a hipossuficiência processual que, no CDC, é somente um dos critérios a ser valorado pelo juiz no caso concreto. O magistrado também pode se valer da verossimilhança, segundo as máximas de experiência. Essa hipossuficiência pode ser vislumbrada, por exemplo, no caso de uma gravação de voz de contato telefônico realizado entre consumidor e fornecedor. Como a gravação geralmente é mantida em poder deste, aquele é considerado hipossuficiente para a obtenção do documento.

Os dois institutos atuam como facilitadores processuais à parte hipossuficiente. Ambos são métodos judiciais de análise dos fatos e do conjunto probatório. Nesses casos, o juiz se vale das regras de experiência para análise dos requisitos no caso concreto. Não há sentido no reconhecimento de uma parte como hipossuficiente no processo se não há utilização das máximas de experiência, pois se trata de um critério judicial de reconhecimento da prova de um fato pelo consumidor, no caso do CDC, ou da imposição do ônus da prova à parte que tem melhores condições na sua produção, no caso da teoria da distribuição dinâmica prevista no CPC.

O CDC é expresso em reconhecer a possibilidade de utilização de critério dinâmico da prova somente unicamente *a favor* do consumidor-autor. Portanto, não se admite a inversão em eventual ação ajuizada pelo fornecedor contra o consumidor. A imposição ao consumidor da prova de um fato impeditivo, modificativo

53 CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 92-93.

54 Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Haverá casos, porém, em que a modificação do ônus da prova é mais fácil para uma parte do que para a outra ou de que a sua produção seja difícil ou impossível para uma ou para a outra. Nesses casos, em que a produção da prova é árdua às *duas partes*, não é possível aplicar-se a modificação do regime do ônus da prova, mesmo porque ela implicaria simplesmente transferência de uma situação insuperável, de uma parte para outra”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 268.

55 Nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira: “Ademais, a ideia subjacente à inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, ao menos na hipótese de ‘hipossuficiência’, coincide com um dos propósitos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: evitar a prova diabólica e permitir que o juiz, no caso concreto, possa conferir a carga probatória quanto a determinados fatos discutidos no litígio a quem se encontre no processo, segundo as circunstâncias próprias da situação concreta, em melhores condições de provar o fato controvertido”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, p.109, 2009. Marcelo Pacheco Machado também ressalta esta finalidade comum aos institutos: “[...] Quer-se evitar, em ambos os casos, que dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes, em produzir determinada espécie de prova, façam com que esta receba sentença de mérito desfavorável. O valor que se visa a atingir é, nitidamente, o de maior justiça na decisão judicial”. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 208, p.304, 2012.

ou extintivo que, de regra, compete ao fornecedor, significaria a total subversão do sistema. Presentes os pressupostos necessários, deve-se realizar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Caso não se trate de relação de consumo (vínculo entre *iguais*), o juiz analisa a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica se a regra estática for insuficiente para melhor elucidação dos fatos.

Em outros termos, na relação entre *iguais*, caso o magistrado não reconheça a existência dos requisitos legais, é mantida a regra do critério estático. Ao autor competirá a prova do fato constitutivo durante a instrução processual. Se não se desincumbir de seu encargo probatório, incidirá a regra de julgamento com a observância de qual das partes assumiu maior risco de uma decisão desfavorável, ou seja, encerrada a instrução processual, como é vedado o pronunciamento do *non liquet* pelo juiz, deverá julgar o pedido mesmo diante do seu estado de dúvida.<sup>56</sup>

A distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos previstos no novo CPC, não aplica à relação do consumo. O CDC, considerando a fragilidade processual do consumidor, prevê um critério específico na distribuição do ônus da prova. O legislador facultou ao juiz, de acordo com as regras de experiência, isentar o consumidor da prova de algum ou alguns fatos constitutivos do seu direito, desde que demonstrada a hipossuficiência e a verossimilhança do alegado.

Diante de todas as considerações, conclui-se pela inaplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova nas relações de consumo. Ao contrário, a prática e jurisprudência construída em torno do art. 6º, VIII, do CDC, deve servir de norte para enfrentar eventuais dificuldades hermenêuticas apresentadas pelo art. 373 do novo CPC, particularmente em relação ao conceito de hipossuficiência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre processo no Código de Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, 1994.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (Dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de la pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJEJA, 1971. v. 2.
- CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCP. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org). *Processo de conhecimento: Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.

56 Cecília Matos aponta que a “[...] a grande questão sobre o ônus da prova não é o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta da prova”. MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 57, p. 96, 1995.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, 1993.
- GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, 1995.
- GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.
- GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 208, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 57, 1995.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org). *Doutrinas essenciais direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, 2009
- PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEJA, 1956.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

---

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A cláusula de interdição de concorrência no direito brasileiro e sua fundamentação histórica:** o caso da Companhia dos Tecidos de Juta (1914). Notas sobre seus reflexos normativos, doutrinários e jurisprudenciais

**The competition clause prohibition on Brazilian Law and its historical background:** the *Juta* case (1914). Remarks upon its normative, doctrinaires and forensic outcomes.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Daniel Amin Ferraz

# **A cláusula de interdição de concorrência no direito brasileiro e sua fundamentação histórica: o caso da Companhia dos Tecidos de Juta (1914). Notas sobre seus reflexos normativos, doutrinários e jurisprudenciais\***

**The competition clause prohibition on Brazilian Law and its historical background: the *Juta* case (1914). Remarks upon its normative, doctrinaires and forensic outcomes.**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy\*\*

Daniel Amin Ferraz\*\*\*

## **RESUMO**

O tema da concorrência desleal conta presentemente com uma regra no Código Civil Brasileiro de 2002. O artigo explora seus fundamentos históricos. Com esse objetivo, o artigo analisa um caso da década de 1910, no qual dois grandes advogados e um ministro da Suprema Corte tiveram um papel especial. Esses bacharéis fixaram o conceito de concorrência desleal, no contexto compreensivo de aviamento e de clientela. O artigo, também, apresenta alguma referência bibliográfica relativa ao caso, bem como a construção jurisprudencial em torno da questão, inclusive em outros campos do direito, a exemplo do direito do trabalho.

**Palavras-chave:** Cláusula de proibição de concorrência. Código Civil de 2002. O caso da juta. Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça. Direito Empresarial. Fundamentos históricos.

## **ABSTRACT**

The subject of the unfair competition presently has a special rule in the Brazilian Civil Code of 2002. The paper explores its historical background. With this aim, it analyses a Brazilian case from the 1910's, in which two great Brazilian lawyers and a memorable Brazilian Supreme Court Justice had a distinctive role. Those litigants set the very concept of unfair competition in the context of good will. The paper also presents some bibliographical references related to the case, as well as the way the Brazilian Courts understand the subject, also in some other realms, as Labor Law.

**Key words:** Legal provision of the prohibition of unfair competition. Brazilian Civil Code of 2002. The case of juta. Rui Barbosa and Carvalho de Mendonça. Business Law. Historical background.

\* Recebido em 27/11/2016  
Aprovado em 28/11/2016

\*\* Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP.

\*\*\* Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Valencia (Espanha). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (Portugal). Advogado.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma antiga e elegante discussão, que também opôs fazendeiros e comerciantes no Brasil do século XIX<sup>1</sup>, relativa à unificação ou divisão do direito privado<sup>2</sup>, foi de algum modo retomada com a construção dos arranjos institucionais que resultaram na inserção de um livro sobre Direito de Empresa no Código Civil de 2002<sup>3</sup>. Certa tradição historiográfica apontava que a dicotomia entre Direito Civil e Direito Comercial, no contexto da tradição normativa dos códigos de Napoleão, decorria, entre outros, da necessidade do *Pequeno Caporal*<sup>4</sup> propiciar alguma segurança jurídica, assim para os proprietários rurais, bem como para a classe comerciante, então em larga expansão<sup>5</sup>.

Na França da era napoleônica o Código Civil atenderia à burguesia fundiária, cuja riqueza se assentava na propriedade do solo rural e urbano, e o Código Comercial acolheria à burguesia enriquecida com o comércio e com a indústria<sup>6</sup>. Resolvia-se, no plano normativo, a perspectiva de uma aliança política que se desdobrava desde a derrubada do último monarca da linhagem absolutista<sup>7</sup>, e que corria o risco de se dissolver em um quadro singularmente anárquico<sup>8</sup>.

No Brasil, dois textos normativos de direito privado marcam nossa tradição. Contávamos com um Código Comercial, de 1850, inspirado nos códigos francês (1807), espanhol (1829) e português (1833), ainda que “(...) não era cópia servil de nenhum deles (...) apresentava cunho singular, respeitando a tradição jurídica e mostrando adiantamento notável sobre os seus modelos”<sup>9</sup>. Também contávamos com um Código Civil, de 1916, construído ao longo de muita discussão e desilusão<sup>10</sup>, e centrado no esforço final de Clóvis Beviláqua<sup>11</sup>, ainda que obcecadamente impugnado por Rui Barbosa, especialmente por razões gramaticais<sup>12</sup>.

Uma tentativa de unificação das duas ordens se esboçou na construção do Código Civil de 2002<sup>13</sup>, embora o resultado da aproximação das duas ordens só tenha se realizado, integralmente, no campo das obrigações<sup>14</sup>. Concretamente, contamos hoje com um Código Civil que contempla matéria ordinária da ordem comercial (ou da ordem empresarial, para usarmos uma expressão mais contemporânea), um Código Comercial que persiste com a parte não revogada, relativa ao Direito Marítimo, com matérias pulverizadas em leis esparsas, a exemplo da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, da Lei das Sociedades Anônimas, ademais de toda a matéria relativa aos títulos de crédito, e a par de um projeto de novo Código Comercial, presentemente discutido no Congresso Nacional<sup>15</sup>.

1 Nesse tema, por todos, inclusive quanto à expressão “elegante discussão”, FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro - da mercancia ao mercado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 78 e ss.

2 RIBAS, Joaquim Conselheiro, *Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 43. Trata-se de edição fac-símile da 2ª edição desse texto histórico, datada de 1880.

3 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, arts. 966 e ss.

4 HOBBSBAWN, Eric, *The Age of Revolution - 1789-1848*, London: Abacus, 1999, pp. 94-98.

5 CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002, pp. 276 e ss.

6 Cf. AMARAL, Francisco, *Direito Civil - Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 182.

7 HOBBSBAWN, Eric, *Ecos da Marselha - Dois séculos revem a Revolução Francesa*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Tradução de Maria Célia Paoli.

8 É essa a opinião de um autor clássico, quase contemporâneo aos fatos ocorridos na primeira fase da Revolução Francesa: “Como seu objetivo não foi apenas mudar um governo antigo, e sim abolir a forma antiga da sociedade, a Revolução Francesa teve de atacar simultaneamente todos os poderes estabelecidos, demolir todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar os costumes e os usos e, por assim dizer, esvaziar o espírito humano de todas as ideias nas quais se haviam fundamentado até então o respeito e a obediência. Daí seu caráter tão singularmente anárquico”. TOQUEVILLE, Alexis de, *O Antigo Regime e a Revolução*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11. Tradução de Rosemary Costhek Abílio.

9 MENDONÇA, José Xavier Carvalho, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro - Volume I*, São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 103.

10 Cf. MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1979, pp. 228 e ss.

11 Cf. MEIRA, Sílvio, *Clóvis Beviláqua - Sua vida. Sua obra*, Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, pp. 137 e ss.

12 BARBOSA, Rui, *Réplica, Obras Completas, Vol. XXIX, 1902, Tomos I e II*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953.

13 Por todos, REALE, Miguel, *História do Novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

14 É a tese de LIPPERT, Marcia Mallmann, *A Empresa no Código Civil, Elemento de Unificação do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Conferir também as notas introdutórias de Cláudia Lima Marques, inclusive com a mediação dos problemas do direito do consumidor no contexto dessa clivagem entre direito civil e direito comercial.

15 Importa referir que a matéria cível, entendida como expressão sinônima de direito privado, passou por tentativas de unificação,

A fixação do Direito de Empresa no novo Código Civil engendrou um *aggiornamento* de alguns institutos da vida negocial, calcados no conceito de empresário, que copiamos do Código Civil da Itália, de 1942. Elenca-mos nesse contexto os elementos de identificação e exercício da empresa, a definição de sua titularidade, o distanciamento para com o arquétipo da antiga figura do comerciante, o sistema de registros, de atribuição de personalidade, os colaboradores, além dos atributos do empreendimento<sup>16</sup>. Nesse último caso, regras sobre trespasse, aviamento e clientela.

Entre as inovações, exatamente no tema do trespasse e da clientela, a existência de disposição expressa sobre cláusula de não restabelecimento, reputada como uma convenção lícita. Trata-se do art. 1.147 do novo Código, que dispõe que “*Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência*”. Há, também, um parágrafo único, que complementa a regra geral do *caput*, dispondo que “*No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição (...) persistirá durante o prazo do contrato*”.

Substantiva porção da literatura relativa a esse assunto aponta um processo de dimensão histórica, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 1914, no qual atuaram como advogados João Xavier Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa. Envolveu-se no processo um importante industrial de São Paulo o conde Antônio Álvares Penteadó; trata-se do estrondoso caso da *Companhia dos Tecidos de Juta*, que trataremos no núcleo do presente artigo. Disposição atual do Código Civil aponta para solução, absolutamente, diferente da que então se chegou em 1914, na qual se prestigiou a liberdade de atuação comercial, em desfavor de uma aparente boa-fé objetiva. Rui conseguiu que o STF mudasse de posição em embargos infringentes do julgado, invocando o princípio liberal da amplitude da ação do empresário, e o princípio jurídico de que a restrição de direitos exige cláusula expressa.

Com o objetivo de se resgatarmos a fundamentação histórica dessa discussão, apresentamos, primeiramente, as linhas gerais e estruturais da discussão ocorrida junto ao STF, com base, especialmente, nos textos compilados de Rui Barbosa em *As Cessões de Clientela e a Interdição de Concorrência nas Alienações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais*<sup>17</sup>. Avançamos, com a decisão proferida pelo STF, com alguma atenção, também, para o voto vencido então apresentado pelo Ministro Pedro Lessa.

Em seguida, antecedendo às considerações finais e encaminhamento de conclusões, apresentamos as alusões doutrinárias que há ao instituto, e ao fato pretérito aqui mencionado, em alguns manuais que se

---

dentre outros, no Direito português, italiano ou espanhol, não chegando, nunca, a contento. Em todos estes sistemas jurídicos, o que ocorreu foi, além da continuidade de existência de vasta legislação esparsa em matéria mercantil, os próprios códigos promovem a divisão da matéria em seu âmbito, com a regulação em livros ou títulos próprios. Aliás, o mesmo ocorre no Brasil, com o Código Civil de 2002. Melhor seria que o código fosse denominado de cível, já que tentaria abarcar a matéria privada. Entende-se, em verdade, que o elemento dificultador da unificação seria decorrente da classificação destes dois direitos, civil e mercantil, já que aquele se qualificaria como um direito individual, direito que se preocupa com o indivíduo e define suas expressões, *vg.*, a nacionalidade, a naturalidade, a maioridade. Diz-se do direito civil que seria um direito individual, como categoria de qualificação. Por outro lado, diz-se deste, o direito mercantil, como sendo um direito de massa, fundamentado que está na relação jurídica em si, e não nos indivíduos vinculados à uma dada relação jurídica.

16 Três são as teoria definidoras da matéria como empresária. Assim, na origem, a teoria subjetiva seria a determinante da matéria. Por esta teoria (subjetiva), toda relação jurídica seria qualificada como empresária desde que presente à mesma pelo menos um comerciante, com profissionalidade e habitualidade. Entendia a teoria subjetiva a profissionalidade como registro, hoje nas Juntas Comerciais. Já por habitualidade a prática reiterada da matéria empresária. A teoria subjetiva foi adotada no Direito brasileiro pelo Código Comercial de 1850, ainda em vigor. Por outro lado, a teoria objetiva seria aquela que entenderia que uma determinada matéria seria qualificada como empresária desde que determinados atos, atos de comércio, fossem praticados. Interessante notar que o Direito brasileiro adota a teoria objetiva com a edição do Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, que veio à luz para regulamentar o Código Comercial de 1850. Observe-se que o Decreto 737 segue em vigor. Finalmente, a teoria empresarial. Entende-se a empresa como “organização concreta de fatores produtivos, como valor de posição no mercado”, CARVALHO, Orlando. Critérios e estruturas do estabelecimento comercial, Coimbra Editora, Coimbra, 1967. A teoria empresarial é aquele que entende como ponto definidor da matéria empresária a necessária organização dos fatores de produção, independentemente de quem os organize. A teoria empresarial, em tese, foi adotada no Brasil pelo Código Civil de 2002. Veja-se que, hoje, em nosso sistema jurídico, as três teorias coexistem, promovendo um profundo alargamento da matéria empresária, seja pela vertente subjetiva (teoria subjetiva), pela objetiva (teoria objetiva) ou, finalmente, pela vertente empresarial (teoria empresarial).

17 BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

tem hoje disponíveis no mercado editorial. A cláusula de interdição de concorrência também se irradia para matéria trabalhista e consumerista, é do mesmo modo recorrente em contratos de *franchising*, pelo que apresentamos algum levantamento de jurisprudência, com o objetivo de mapearmos a importância da questão.

O objetivo de nosso ensaio é explorar, à luz de uma fundamentação substancialmente histórica, conflitos que decorrem da aplicação de fórmulas de boa-fé e de liberdade de atuação, no direito empresarial. O resgate dessa importante reminiscência histórica, recorrentemente citada e pouco explicitada, é de igual maneira um motivo que animou nossa pesquisa.

## 2. O CASO DA COMPANHIA DE JUTA

### 2.1. Os fatos e o início da discussão

A Companhia Nacional de Tecidos Juta ajuizou no foro de São Paulo uma ação de cobrança e indenização contra o Conde Antônio Álvares Leite Penteadado e uma empresa deste, Companhia Paulista de Aniagens. Estávamos no início da década de 1910. O Conde Penteadado (1852-1912) explorou fazendas no interior de São Paulo e foi um dos pioneiros da indústria de tecelagem, na capital daquele estado<sup>18</sup>. A economia brasileira era, substancialmente, agrária, fundada nas exportações de café. À época, houve algumas expressivas tentativas de formação de expansão de um parque industrial, especialmente na cidade de São Paulo<sup>19</sup>. O monopólio da energia elétrica, por parte de William Reid e da Light and Power é forte indicativo da preponderância do imperialismo e do capital financeiro, em torno da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos<sup>20</sup>.

O Conde Penteadado presidiu a Associação Comercial de São Paulo, e seus interesses econômicos se ajustavam com as tendências imperialistas da época. Quanto ao presente caso, o Conde e sua mulher, quando proprietários da Fábrica Juta Santana, transferiram cotas a filhos e parentes, transformando-a em uma sociedade anônima, que então denominaram Companhia Nacional de Tecidos Juta. Em seguida, contrataram peritos para que avaliassem a empresa. Ao que consta, o Conde pretendia vender o empreendimento, sob o argumento que se retirava dos negócios, por força da idade (faleceu em 1912, dois anos antes da decisão do STF nesse rumoroso caso, foram seus herdeiros que se beneficiaram da decisão final). No entanto, logo após a venda, o Conde se restabeleceu com uma nova fábrica, no mesmo ramo, e na mesma região. É a questão que foi levada à juízo<sup>21</sup>.

Antes da conclusão da venda, os peritos estimaram que maquinários e instrumentos da fábrica orçavam cerca de 7.500:000\$000 (sete mil e quinhentos contos de reis) e que a posição que a empresa ocupava no mercado valia cerca de 3.000:000\$000 (três mil contos de reis). Pela soma (10.500:000\$000- dez mil e quinhentos contos de reis, valor da fábrica e posição no mercado) transferiram a empresa para os autores da ação. A certeza do êxito, dada a fama e a posição da fábrica no mercado, decorrentes do sucesso empresarial do Conde Penteadado, teriam estimulado os compradores a fazerem esse vultoso negócio<sup>22</sup>; teria sido o motivo da compra. A frustração desse objetivo suscitou a discussão judicial.

Um ano depois da transação o Conde Penteadado fundou e instalou, no próprio bairro da fábrica que havia vendido, uma nova empresa, que denominou Companhia de Aniagens. Atuaria no mesmo ramo industrial,

18 TOLEDO, Roberto Pompeu de, *A Capital da Vertigem*, São Paulo: Objetiva, 2015.

19 PRADO Jr., Caio, *Evolução Política do Brasil e outros estudos*, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 101 e ss.

20 CARONE, Edgard, *A Primeira República (1889-1939) - Corpo e Alma do Brasil*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988, pp. 159 e ss.

21 A decisão final do Supremo Tribunal Federal foi publicada pela Revista dos Tribunais, ano III, fascículo 64, volume XII, 2 de dezembro de 1914, pp. 180-189.

22 Cf. MORATO, Francisco, *Prefácio*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

exatamente sob idêntica firma individual. Retornou à atividade principal da fábrica que vendera, ensejando toda a discussão judicial que seguiu. A dúvida levada ao Judiciário consistia em se compreender se o Conde agira de má-fé, concorrendo com os compradores de sua fábrica, ou se, por outro lado, exercia, legitimamente, sua liberdade de iniciativa, de comércio e de indústria. Não havia regra específica que tratasse do assunto no Código Comercial então vigente (1850) e na legislação esparsa. Também não havia precedente judicial. Tinha-se um caso totalmente novo no direito brasileiro.

Os compradores, que se sentiram prejudicados, requereram a restituição dos 3 mil contos referentes ao valor estimado da posição e da freguesia, acrescidos de juros de mora, além de perdas e danos. Representados pelo reputado advogado comercialista João Xavier Carvalho de Mendonça<sup>23</sup> os autores da ação fundamentaram o pedido nos termos de aplicação analógica do art. 214 do Código Comercial de 1850. Mencionada regra dispunha sobre a obrigação do vendedor “(...) *fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título, possa pertencer a terceiro*”. Na medida em que passou a concorrer com o comprador de seu negócio o Conde Penteado, no contexto dessa interpretação, turbava e ameaçava a plena propriedade dos compradores.

Carvalho de Mendonça investia numa interpretação analógica do art. 214 do Código Comercial, em época na qual não se tratava mais detidamente do tema da boa-fé objetiva. Esta, no entanto, era o ponto de fundo da linha argumentativa, que não prosperou em primeira instância. O Conde conseguiu triunfar na contestação, talvez à custa dos vários pareceres que encomendou na Europa, elaborado pelos mais reputados comercialistas de então, a exemplo de Vivante e de Planiol.

A decisão de primeira instância<sup>24</sup>, desfavorável à tese de Carvalho de Mendonça, centrava-se nas seguintes conclusões: a. freguesia não fora objeto da escritura; b. os peritos não destacaram o valor distinto e autônomo da clientela; c. não se pactuou na escritura cláusula ou condição de interdição de concorrência; d. a livre concorrência é princípio soberano, que deve ser respeitado; e. não se poderia concluir restritivamente onde não havia restrição; f. a renúncia a um determinado direito não pode ser presumida. Nesse último caso, enfatizou-se “*não se presume a renúncia de direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria (...) a renúncia deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco dos termos contratuais*”<sup>25</sup>. A negativa de presunção de renúncia substancializou essa primeira decisão.

Carvalho de Mendonça apelou para o Supremo Tribunal Federal, que reverteu a decisão originária. Conforme entendimento do STF, em acórdão proferido na apelação, o trespasse significaria a transmissão da clientela; isto é, no preço da fábrica vendida estava embutido o prestígio angariado pelo Conde, aferido pelos peritos no quesito *posição no mercado*. Forte no art. 214 do Código Comercial - aderindo, portanto, à tese de Carvalho de Mendonça - o STF sustentou que o transmitente está obrigado a garantir ao comprador que não haja turbação na posse, não só em relação a terceiros, mas, especialmente, quanto à fato próprio. O Conde teria descumprido obrigações assumidas com a venda, restabelecendo-se com idêntico negócio, na mesma paragem, dentro do raio de ação da empresa vendida<sup>26</sup>.

O Conde Penteado contratou os serviços de Rui Barbosa com o objetivo de impugnar essa primeira decisão do STF, o que se dava por embargos infringentes. Rui Barbosa teria trabalhado quatro meses na

23 Carvalho de Mendonça nasceu no Recife em 24 de setembro de 1861. Pretendia estudar medicina, porém por causa de problemas no calendário escolar, frequentou a Faculdade de Direito no Recife, na qual se formou. Foi contemporâneo de Urbano Santos e de Clóvis Beviláqua, de quem foi muito amigo. Foi promotor no interior do Ceará, Juiz em Santos, no estado de São Paulo, professor interino em São Paulo e renomado advogado. Para dados relativos à carreira de Carvalho de Mendonça, consultar MORALES, Cesar Mecchi, *Carvalho de Mendonça*, in RUFINO, Almir Gasquez e PENTEADO, Jaques de Camargo, *Grandes Juristas Brasileiros*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 45 e ss.

24 Reportamo-nos aqui à análise de MORATO, Francisco, cit.

25 MORATO, Francisco, cit., p. XIII.

26 MORATO, Francisco, cit.

redação de seu arrazoado, prazo que se desdobrou entre a vista dos autos e a devolução do processo em cartório<sup>27</sup>. Ainda que o prazo regimental fosse de 10 dias para juntar os embargos, e mais cinco dias para a sustentação oral, Rui obteve a dilatação do prazo, por especial deferência e concordância de Carvalho de Mendonça<sup>28</sup>. Nessa ação há intervenções de expressivos representantes do bacharelismo liberal brasileiro, a exemplo dos Advogados, Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça, e do Ministro Pedro Lessa, voto vencido na decisão final do STF<sup>29</sup>.

## 2.2. Os memoriais de Rui Barbosa<sup>30</sup>

O texto de Rui observou Francisco Morato, fora “*um dos mais pomposos, pacientes e eruditos memoriais que se deparam nos fastos forenses da literatura jurídica nacional*”<sup>31</sup>. O estilo de fato é pomposo e erudito, e esse passo é marcante logo nas palavras de abertura:

*“Quando assumi o patrocínio desta causa, depois da sentença do Supremo Tribunal Federal que acabava de condenar, em grau de apelação, os meus constituintes, reformando a decisão do juiz seccional de S. Paulo, defrontei-me com uma questão nova no foro brasileiro, da maior relevância para os interesses, assim do comércio, como da indústria, e resolvida em termos fatais a um e outra, num país, como o nosso, de imenso território, escassa população, comunicações difíceis e incalculável desenvolvimento futuro. Essa decisão, a meu ver errônea e injusta, inspirada na doutrina que subentende a cessão da clientela e a interdição da concorrência nas alienações, quer de estabelecimentos comerciais, quer de estabelecimentos industriais, estriba, declaradamente, ‘na jurisprudência dos povos cultos’. Mas de tal jurisprudência, invocada apenas com essa vaga referência no julgado, não se transcreve, nos autos, nem um texto (...)”*<sup>32</sup>.

A título de “*considerações preliminares*” Rui explicitou sua versão da causa e interpretou o acórdão então embargado. No tópico “*a questão*”, fracionou sua peça em dois pontos, “*os fatos*” e “*o direito*”. Quanto aos fatos, analisou, com muita paciência, os atos das partes, os atos dos peritos, o problema da não avaliação da clientela, e a premissa de que os réus-embargantes não assentiram com a cessão da clientela.

No ponto “*o direito*” relacionou o fundo de comércio com a cessão da clientela, a referida cessão nos estabelecimentos comerciais, o fundo de comércio em relação às fábricas, avaliou as intenções das partes, o dano real, o problema das interdições absolutas, com estações nos direitos inglês e norte-americano. Em seguida, explorou ao limite duas questões: a interdição da cessão de clientela e as interdições absolutas. Concluiu pela necessidade de reforma da decisão.

Na parte relativa aos *fatos* Rui Barbosa examinou, exaustivamente, o contrato entabulado entre o Conde e os compradores, argumentando que não houve disposição expressa relativa à transmissão de clientela. Com muita percuência, dissertou sobre os pontos que comprovavam sua tese. Entre outros aspectos, ponderou sobre a escritura que constituía a sociedade objeto do litígio, datada de 4 de janeiro de 1908:

27 Prazo curto, dada à extensão do trabalho, sobretudo quando cotejado com os passos da agitadíssima vida política de Rui Barbosa, especialmente nos anos de 1913 e 1914. Para consultar acurada cronologia de Rui, publicada pela Casa de Rui Barbosa, *Cronologia da Vida e Obra*, em 1999.

28 MORATO, Francisco, cit.

29 Essa cultura jurídica bacharelesca é explorada, entre outros, por BARRETO, Plínio, *A Cultura Jurídica no Brasil*, São Paulo: Gráfica d’O Estado de São Paulo, 1922. VENÂNCIO FILHO, Alberto, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo: Perspectiva, 2004. A biografia de Rui, especialmente, VIANA FILHO, Luiz, *A Vida de Rui Barbosa*, São Paulo: Livraria Martins Editora, s.d. Conferir também, MACHADO NETO, A. L., *História das Ideias Jurídicas no Brasil*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

30 O caso da Companhia da Juta é mais um dos polêmicos e rumorosos casos que se envolveu Rui Barbosa. Rui foi ministro da Fazenda ao longo do governo provisório de Deodoro da Fonseca, isto é, de 1889 a 1891. É de seu tempo a crise financeira do encilhamento, bolha inflacionária que marcou o início de nossa era republicana. Há também uma sinistra ordem para a destruição de documentos da escravidão, que teria sido dada por Rui, na qualidade e autoridade de ministro, em despacho datado de 14 de dezembro de 1890, e cumprido por intermédio de circular, datada de 13 de maio de 1891. À época da circular Rui já não era mais o chefe da pasta da Fazenda; o executor da ordem fora seu sucessor, Tristão de Alencar Araripe. Esse assunto, a queima dos arquivos, foi estudado por vários intelectuais brasileiros, a exemplo de Américo Jacobina Lacombe e Gilberto Freyre. A queima dos arquivos da escravidão, trata-se, na sempre feliz expressão de Lacombe, de uma pedra de escândalo em nossa história cultural.

31 MORATO, Francisco, cit., p. IX.

32 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 3.

*“Nesse ato se declara que a sociedade se passava a chamar Companhia Nacional dos Tecidos de Juta, e que o seu capital se fixava em 10.500 contos, consistindo todo ele na fábrica, nos edifícios, nos terrenos ali descritos e confrontados, isto é, exclusivamente em imóveis, por natureza ou por destino. Onde estava aí a clientela? Explícita, não há uma palavra, que a designe. Implícita, não há uma referência que a insinue. Bem ao contrário, o texto da escritura abertamente a exclui: visto como, sendo a clientela, no consenso unânime da jurisprudência e da doutrina, em toda a parte, um bem móvel, uma propriedade incorpórea (...)”<sup>33</sup>.*

O ponto central da argumentação, nesse tópico, consistia na desconstrução da tese de Carvalho de Mendonça, para quem - e com seu prestígio como comercialista - a venda compreendia a garantia da freguesia. Rui, impugnava essa posição:

*“Tudo o que nesses terrenos e fábricas, portanto, se continha, e era objeto de posse e domínio, caía, englobadamente, como entrada social do conde e sua mulher, no patrimônio da companhia ali instaurada. Mas nada mais: nada, que não se incluísse no acervo desses valores corpóreos, em cuja massa o stock do estabelecimento não entrava senão, e necessariamente, com conteúdo material dos imóveis que o compunham (...) Tudo era o material da fábrica: a sua casa, o seu solo, os seus maquinismos, os seus instrumentos, o que nela materialmente se continha, e com ela se achava ali, fisicamente incorporado. De valores incorpóreos, imateriais, como a freguesia, nem o mínimo traço: ao contrário, exclusão formal, total, radical, não só pelo silêncio observado a esse respeito, mas ainda pela declaração absoluta de que das propriedades enumeradas no texto da escritura se compunha todo o capital da sociedade”<sup>34</sup>.*

É dizer, não se referia na cessão de direitos que seriam cedidos bens que não estivessem contidos na escritura, explícita ou implicitamente. Na síntese de Francisco Morato, o embargante deixava claro que *“na constituição da sociedade anônima Companhia Nacional de Tecidos de Juta, seu capital só se constituiu de imóveis, sem inclusão explícita ou implícita da clientela da Fábrica Santana ou mesmo simples referência a ela”<sup>35</sup>*. A clientela, assim, não fora objeto da venda, pelo que o vendedor poderia, nessa linha de raciocínio, estabelecer-se, no mesmo negócio, e na mesma área.

Além do que, prosseguiu Morato em sua resenha introdutória sobre o caso, *“na avaliação preliminar da Fábrica Sant’Ana, que constituiu o capital da nova sociedade anônima, não incluíra, os peritos a clientela, a qual tomaram apenas como elemento atestatório de sua reputação e justificativo do preço que deram à usina em seu conjunto”<sup>36</sup>*. Consequentemente, *“desde que no cômputo do capital não se incluiu a clientela, é óbvio que, cedendo suas ações a novos acionistas, o Conde Álvares Penteado e seus parentes não lha transferiram, nem se obrigaram a não restabelecer-se”<sup>37</sup>*. O vendedor, insistia o advogado, não havia transferido sua clientela, pelo que não estaria proibido de retomar seu negócio quando e onde pretendesse.

Ao que consta, na argumentação de Rui, e aqui a tese é sutil, os peritos não poderiam avaliar a clientela. O documento que os vinculou aos antigos proprietários não outorgou mandato para avaliação da freguesia. Os peritos estariam vinculados à escritura pública da fundação da sociedade, e nessa *“os acionistas fundadores constituíram o capital social só e só com imóveis”<sup>38</sup>*. Não se constava que o capital social da empresa vendida contemplasse rubrica indicando a clientela.

Na cessão relativa aos *direitos*, Rui Barbosa insistiu que os autores da ação teriam cometido quatro pecados capitais, inadmissíveis, de acordo com a jurisprudência e com a doutrina: a. argumentaram que a cessão do fundo de comércio significaria que o vendedor teria implicitamente assumido o compromisso de não se estabelecer; b. sustentaram que no silêncio do contrato deveria se presumir a cessão da clientela; c. confundiram fundo de comércio com estabelecimento industrial; e, d. pensaram ser possível uma cláusula de interdição de restabelecimento industrial.

Para Rui Barbosa, a clientela é um bem móvel e como tal, se cedida fosse, deveria contar com previsão na escritura. Com muita sutilidade, Rui Barbosa insistiu que a avaliação da empresa, que redundou no preço

33 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., pp. 30-31.

34 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 32.

35 MORATO, Francisco, cit., p. XXIX.

36 MORATO, Francisco, cit., p. XXX.

37 MORATO, Francisco, cit., loc. cit.

38 MORATO, Francisco, cit., loc. cit.

pago, alcançava a *reputação*, e não a *clientela*; afinal, a reputação é o crédito ou nome que um produto desfruta no mercado, enquanto a clientela é “o complexo de pessoas habituadas a negociar com um estabelecimento comercial ou industrial”<sup>39</sup>. A avaliação dos peritos (com base na qual fixou-se o preço pago) incluía a reputação, e não a clientela, na tese de Rui Barbosa.

Trabalhador incansável, Rui, também, analisou com profundidade todos os arestos estrangeiros que foram citados por Carvalho de Mendonça. Extraiu dos vários julgados uma conclusão exatamente oposta àquela que fora alcançada pelo adversário: a vedação de restabelecimento na atividade só se imporia na hipótese da cessão do estabelecimento ter incluído expressamente a clientela; e mesmo assim, com muitas restrições de tempo, local e objeto. Atento para o conceito de fundo de comércio, argumentou que a clientela não estaria incluída nesse conceito.

Além disso, havia diferenças entre *estabelecimento comercial* (ao qual se agregaria o fundo de comércio) e *estabelecimento industrial* (representado pela fábrica propriamente dita). O objeto da venda, segundo Rui, fora a fábrica, um estabelecimento industrial, e não um fundo de comércio. Rui também refutou a doutrina de Carvalho de Mendonça, para quem a alienação de um fundo de comércio subentenderia a cessão da clientela (*achalandage*), o que resultaria na “interdição ao vendedor, ao menos em data próxima à venda, de abrir na vizinhança outro estabelecimento da mesma natureza”<sup>40</sup>. Na argumentação de Rui, clientela não é integrante do fundo de comércio, dotada que é de certa autonomia. Como consequência, não se poderia reputar inclusa nas alienações de estabelecimentos mercantis<sup>41</sup>.

Concedendo, no entanto, que a clientela pudesse acompanhar o fundo de comércio, na premissa de que a clientela fosse componente do fundo, e com ele concomitantemente transferida, o contrato celebrado se referia à venda de um estabelecimento industrial, de uma fábrica, não se podendo falar - portanto - em fundo de comércio e, principalmente, em clientela.

A interdição que Carvalho de Mendonça pretendia impor ao vendedor não poderia ser, segundo Rui, absoluta, projetando-se em toda a parte, o tempo todo. Ainda que convencionada a interdição, prosseguia Rui, a cláusula seria írrita. Não poderia deixar de definir a duração e o território de alcance. A interdição suporia renúncia, necessariamente apontada no contrato, expressamente, de modo inequívoco. Ainda assim, no entanto, dúvidas poderia haver, porque cláusula contratual restritiva de ação laboral poderia atentar contra o princípio, então consagrado, da livre-concorrência.

Com ênfase no direito comparado, Rui apontou que os direitos britânico e norte-americano não admitiriam cláusula de interdição de atuação, porque seriam reputadas como desarrazoadas e anormais. No direito continental, cláusulas de interdição, também, seriam repudiadas, na medida em que incidiriam sobre a liberdade de comércio e de indústria.

### 2.3. A sustentação oral de Carvalho de Mendonça

O insigne comercialista explorou em sua argumentação a má-fé que marcara os passos do Conde Penteadado, desde o início da transação. O Conde teria preparado uma armadilha, primeiramente quando ao lado da esposa e filhos criara uma sociedade comercial que teria como objeto a exploração de uma fábrica. A análise dos balanços daquela sociedade revelava que o Conde reservava para si, e somente para si, todos os lucros que resultavam da empresa, o que comprovava que era o único proprietário daquela universalidade de bens. Assim, enfatizou que a clientela estava, efetivamente, compreendida na transação realizada, espontaneamente declarada, argumentando,

*“Diz-se, sem fundamento na verdade que, na escritura de organização da sociedade, Antônio Penteadado não ofereceu, por outra, não fez expressa declaração desse bem incorpóreo, para servir de quota social. Nessa escritura está dito que, além dos imóveis, elemento material do estabelecimento mercantil, Antônio Penteadado entrava com a ‘fábrica funcionando’, com a*

39 MORATO, Francisco, cit., p. XIX.

40 MORATO, Francisco, cit., p. XXX.

41 Cf. MORATO, Francisco, cit., p. XXXI.

*fábrica em plena atividade e prosperidade, como era notório nas praças do Estado e em outras onde entretinha relações com as indústrias ali exploradas'. Eis, pois, a referência em termos inequívocos ao aviamento, à freguesia, elemento característico do estabelecimento industrial ou mercantil, que era de Antônio Penteado e somente dele*<sup>42</sup>.

Insistiu, também, que o Conde Penteado tinha conhecimento do laudo dos avaliadores, que estimaram do mesmo modo o valor da posição do empreendimento no mercado, e que a aprovação fora expressa, ocorrida em assembleia, com registros constantes em farta documentação. Os peritos teriam orçado todos os elementos do empreendimento, corpóreos e incorpóreos. A aceitação do laudo, por parte do Conde, era sinal inequívoco de que havia uma aceitação para com uma avaliação relativa aos bens incorpóreos, incluindo-se a clientela entre eles.

Carvalho de Mendonça argumentou que os autores da ação não haviam comprado a fábrica do Conde Penteado. Teriam comprado as ações que davam direito à exploração daquela usina. E que, dizendo-se afastar da atividade por razões de saúde, o Conde teria feito o negócio, adquirido novo maquinário na Europa e em seguida recomeçou a exploração da atividade. Segundo Carvalho de Mendonça:

*"(...) os industriais do Rio, não compraram a Fábrica Sant'Ana (...) compraram as 'ações' da companhia que explorava mercantilmente a Fábrica Sant'Ana. Ajustada a venda das ações, Antônio Penteado, em ata da concorrência propôs vender-lhes todas as ações da companhia 'resolvera retirar-se do comércio, da indústria e por bem da sua saúde'. Mas, Antônio Penteado punha em execução o seu plano. Vendidas as ações, partiu para a Europa, onde adquiriu maquinismos para uma grande fábrica de tecidos de juta. Regressou a S. Paulo, construiu nova fábrica na Mooca, vizinha à Fábrica Sant'Ana, para abrir a esta franca concorrência. Dirigiu-se por carta à sua velha e conhecida freguesia (...) e por meio de circulares e anúncios pela imprensa, iniciou forte propaganda, afirmando que sua nova fábrica oferecia melhores condições de aparelhamento e produção que as similares (...)"*<sup>43</sup>.

Carvalho de Mendonça explicou aos Ministros do STF que seguiu então um protesto dos compradores e que o Conde Penteado constituiu uma nova sociedade, apressou-se em doar as ações para filhos e genros, marcando-as com cláusula de inalienabilidade e registrando-as como adiantamento de legítima<sup>44</sup>. Os compradores foram afetados pelas manobras do Conde Penteado, tiveram a clientela desviada, com pesadíssima diminuição de receitas, estando em estado quase falimentar, não fosse o fato de que *"credores obrigacionistas e quirografários não lhe tivessem concedido moratória"*<sup>45</sup>.

O fundamento jurídico do pedido de ressarcimento fora a comprovação de dolo por parte do Conde Penteado, e pela cumplicidade da Companhia Paulista de Aniagens na fraude então engendrada. Carvalho de Mendonça insistiu, de tal modo, que

*"Aqueles que contribuem com coisa certa e determinada, ainda que incorpórea, para o capital das sociedades anônimas transferem-na a estas sociedades e assumem pleno iure a obrigação de garantir o gozo pacífico e a posse dessa coisa, respondendo, conforme as mesmas regras que obrigam o vendedor para com o comprador nos casos de moléstia ou turbação, causadas pelo fato pessoal do próprio vendedor"*<sup>46</sup>.

O Conde Penteado teria desrespeitado cláusula essencial e integrante do contrato, que *"(...) consistia em não praticar atos que inquietassem essa companhia na posse, no gozo, esperando da posição conquistada no mercado pela freguesia certa e escolhida em vários estados do Brasil, a mais valiosa, senão única vantagem com a qual contava para o êxito da empresa"*<sup>47</sup>. Segundo Carvalho de Mendonça, pelo trespassse, o Conde Penteado havia se obrigado a não se restabelecer, direta ou indiretamente, no mesmo ramo da indústria. De tal modo, prosseguia o comercialista, o efetivamente avaliado, como posição do comércio, fora a freguesia certa e escolhida, um bem incorpóreo que, segundo os avaliadores, *"não era menos real nem menos apreciável que o de qualquer dos terrenos, edifícios ou máquinas sujeitos à avaliação"*<sup>48</sup>. Sustentou, assim, que o STF mantivesse o acórdão.

42 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 337.

43 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 339.

44 Cf. MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 340.

45 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., loc. cit.

46 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 341.

47 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 342.

48 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 343.

## 2.4. A sustentação de Rui Barbosa

Rui, por sua vez, advertiu que a premissa da autora consistia na afirmação de que o Conde Penteados teria alienado sua liberdade industrial, “o direito a se estabelecer outra vez com a indústria, onde quer que for, e quando quer que seja”<sup>49</sup>. E, assim, teria chegado a parte “(...) a essa conclusão monstruosa, alegando que o vendedor, ao ceder o estabelecimento, com ele cedeu a sua clientela, e afirma que ele a cedeu, embora não haja, em ato absolutamente nenhum do alienante, disposição, cláusula, ou palavra alguma nesse sentido”<sup>50</sup>. Juntamente ao STF, Rui Barbosa argumentou que da escritura que mediou o negócio somente era objeto de trespasse a fábrica, suas máquinas, o cabedal em artefatos e a provisão de matérias primas. Não haveria, assim, a inclusão do elemento clientela, ou freguesia.

A cessão da clientela não teria ocorrido, não constava do contrato. Rui perseverava que a situação de uma fábrica no mercado seria sua reputação, que não se confundiria com clientela; e a expressão específica e essencial reputação de um produto, continuava, consistia em sua marca. Consequentemente, e com base nos juristas europeus que foram então ouvidos, Rui observou que os peritos teriam avaliado a reputação dos produtos que saíam da fábrica, isto é, o crédito da marca. Os peritos não teriam avaliado a clientela.

Firme no argumento de que não havia interdição para que o vendedor se estabelecesse, Rui Barbosa lembrou que o contrato não estipulava condição alguma de tempo ou lugar para a mencionada vedação. Ainda assim, mesmo que a interdição fosse estipulada, Rui argumentou com base na doutrina e em larga jurisprudência, produzida pelos tribunais belgas, franceses, ingleses e norte-americanos, que a cláusula seria nula, de pleno direito. Os tribunais deveriam declarar essa nulidade; nesse sentido, Rui arrematou observando que “na espécie vertente, ninguém, até hoje pode mostrar, nestes autos, uma cláusula contratual, em que o réu houvesse outorgado cessão de clientela, e, muito menos, renunciado o direito de se restabelecer na indústria exercida pelo estabelecimento que alienou”<sup>51</sup>.

Com ironia e forte apelo retórico, Rui Barbosa fechou lembrando que se o Tribunal julgasse contra seu cliente estaria inaugurando uma nova jurisprudência, na qual, na dúvida, se resolve contra a liberdade, na qual, as renúncias de direito se presumem, e na qual estariam permitidas as alienações perpétuas e absolutas da liberdade comercial e industrial, pelo que, “o nosso progresso jurídico receberia (...) um choque desastroso”<sup>52</sup>.

## 2.5. A decisão por maioria e a vitória da tese de Rui Barbosa

O STF<sup>53</sup> reformou a decisão prolatada no recurso de apelação, conhecendo e provendo os embargos interpostos por Rui Barbosa<sup>54</sup>. O processo foi relatado pelo Ministro Oliveira Ribeiro<sup>55</sup>. Votaram com ele, formando maioria, os Ministros Canuto Saraiva<sup>56</sup>, Leoni Ramos<sup>57</sup>, Enéias Galvão<sup>58</sup>, Coelho e Campos<sup>59</sup> e

49 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 325.

50 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., loc. cit.

51 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 333.

52 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 334.

53 A composição e as características do STF à época são estudadas por HORBACH, Carlos Bastide, *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

54 Supremo Tribunal Federal- Apelação Cível nº 2.183.

55 Nomeado por Rodrigues Alves, fora também promotor, juiz de direito, deputado à Assembleia do Império, chefe do polícia da capital federal e procurador-geral do Estado de São Paulo. Formou-se em Recife, em 1871. Cf. HORBACH, Carlos Bastide, cit., pp. 61-62.

56 Nomeado por Afonso Pena, fora também promotor e juiz de direito. Formou-se em São Paulo, em 1875. Cf. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 64.

57 Nomeado por Nilo Peçanha, atuou antes como promotor e juiz de direito. Formou-se em Recife, em 1879. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 65.

58 Nomeado por Hermes da Fonseca, foi antes promotor, juiz de direito e chefe de polícia. Formou-se em São Paulo, em 1886. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 66.

59 Nomeado por Hermes da Fonseca, foi promotor, deputado e senador. Formou-se em Recife, em 1862. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 67.

Manoel Murtinho<sup>60</sup>. Vencidos, os Ministros Pedro Lessa<sup>61</sup> e Guimarães Natal<sup>62</sup>. A maioria considerou que a freguesia não foi objeto do contrato pelo qual a Companhia Nacional de Tecidos de Juta adquiriu a Fábrica Sant'Ana com as suas dependências. A escritura lavrada era omissa à respeito da mencionada transferência, no perceber da maioria da Corte. O valor de mercado, entendeu-se, compreendia, tão somente, a respeitabilidade que a marca detinha, porque atendia às exigências do mercado consumidor, conquistado também pelo *“critério, propriedade e firmeza do plano das instalações e pela reputação de seus produtos”*.

A decisão levou em conta que o Conde Penteado não estava legalmente inibido de exercer indústria similar, adotando-se a tese de Rui Barbosa, no sentido de que *“não se presume a renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio e indústria”*. Para a maioria dos julgadores, a renúncia a esse direito deveria ser expressa, ou pelo menos inequívoca, nos termos do estipulado, restrita no tempo, no espaço, no objeto, prestigiando-se o *“princípio soberano da livre concorrência”*.

O Ministro Pedro Lessa foi vencido e se reportou a sua decisão originária, quando da apelação, enfatizando, em plenário, que nenhum motivo tinha para modificar a doutrina que sustentou no primeiro julgamento da causa. Segundo Pedro Lessa, o valor da posição do mercado, fixada pelos peritos avaliadores, e paga pelos empresários compradores, representava os serviços do Conde (pelos vinte anos de esforço inteligente à frente da empresa que vendia), a reputação dos produtos e a clientela:

*“Sendo assim, a que se deu o valor de três mil contos de reis? Aos serviços do fundador da fábrica? À reputação dos produtos? À clientela? A nenhuma dessas coisas isoladamente, mas, ao conjunto, ao todo; pois, os peritos não discriminaram, deram o valor de três mil contos de reis a tudo isso. É pois, manifesto e indiscutível que a freguesia foi cedida à sociedade anônima por esta aos outros. Fora o máximo dos absurdos supor que Álvares Penteado recebeu três mil contos de reis pelos seus serviços na instalação da fábrica e pela sua hábil direção do estabelecimento, bem como pela reputação dos produtos e pela clientela; mas que a clientela ficou excluída da alienação assim feita ... da mesma clientela”*<sup>63</sup>.

A voto vencido de Pedro Lessa foi enfático. Entendeu que não havia dúvidas que o alienante assumira a obrigação de não se restabelecer, justamente porque sua retomada do mesmo negócio prejudicaria o comprador. Para Lessa, a intenção dos contratantes era muito clara. A freguesia estava cedida com a entrega da fábrica.

Concluindo, o STF reformou decisão própria, aderiu às teses de Rui Barbosa, e garantiu ao Conde Álvares Penteado o direito de se restabelecer, negando uma cláusula proibitiva, que o direito brasileiro somente conhecerá com o Código Civil de 2002.

### 3. REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIAS E REFERÊNCIAS AO CASO DA JUTA

O art. 1.147 do Código Civil, que definiu a cláusula de não-obrigatoriedade, não acendeu muita discussão ao longo das várias comissões que trataram sobre o texto. Observa-se idêntica redação e relativa

60 Nomeado por Prudente de Moraes, foi juiz de direito. Formou-se em São Paulo, em 1869. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 59.

61 Pedro Lessa, a par de Ministro do STF, deixou-nos também um conjunto de lições de filosofia do direito. Os textos de Filosofia do Direito de Lessa foram pelo autor compilados por volta de 1911. Pedro Lessa rejeitava a confusão do Direito com a religião. A busca de verdades gerais e fundamentais, orientadoras na fixação de princípios, também gerais e fundamentais, núcleo de um programa de estudos de Filosofia do Direito — acreditava Lessa — deveria ser tema a ser explorado ao fim do curso; mas não podia ser abandonado. Pedro Lessa defendia um programa de Filosofia do Direito que alcançasse, criticasse e elencasse fundamentos e princípios cardeais, referenciais para a construção de um saber prático, justificado a partir de um esforço especulativo. A cientificidade do Direito, insistia Lessa, dependia de estudos regulares de Filosofia. O desconhecimento e o desprezo para com a investigação e a discussão dos princípios gerais, acentuava Lessa, redundava na redução do direito a *“(...) mera arte, cujos preceitos facilmente se desvirtuam na prática, aplicando-se ao talante das conveniências individuais”*. A leitura da obra de Pedro Lessa permite a constatação de que também temos uma tradição jusfilosófica, ainda que caudatária do pensamento europeu. Há também entre nós o registro do esforço de reflexão sobre nossas condições morais, sobre as quais se firmam nossos arranjos institucionais.

62 Foi nomeado por Rodrigues Alves. Antes, foi juiz e deputado. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 62.

63 Supremo Tribunal Federal- Apelação Cível nº 2.183, voto do Ministro Pedro Lessa.

proximidade topográfica em todos os textos que foram escrutinados no Congresso, nomeadamente, no PL 634-1975-Câmara dos Deputados (art. 1.181), no PL 118-1985-Senado (art. 1.147), no PL 634-C=1988-2º turno (art. 1.146) e no texto definitivamente promulgado (art. 1.147, como já visto)<sup>64</sup>.

Os comentadores avaliaram que “*não se trata mais de cláusula implícita no trespasse, mas de um mandamento legal (...) quem adquire um estabelecimento quer também sua clientela*”<sup>65</sup>. Explicitou-se também que adotamos “*(...) a orientação do direito italiano, estatuinto legalmente a proibição de concorrência pelo prazo de cinco anos, salvo disposição expressa em contrário*”<sup>66</sup>; há autor que também constatou a fixação da cláusula de não-concorrência nos códigos de Honduras e do México<sup>67</sup>. Constatou-se, simplesmente, que “*a lei impede que o alienante do estabelecimento faça concorrência ao seu adquirente durante os cinco anos que se seguem à transferência, a menos que receba autorização expressa para isso*”<sup>68</sup>. Quanto aos aspectos históricos e pragmáticos da cláusula de não concorrência, a doutrina também consignou que

*“Até o início da vigência do Código Civil de 2002, era muito comum a inserção, nos contratos de trespasse, de uma cláusula de interdição de concorrência, explicitando estar o alienante proibido de organizar novo estabelecimento similar ao transmitido e, assim, impor substancial prejuízo ao adquirente, dada a depreciação decorrente de inevitável perda de clientela e diminuição do aviamento. Agora, a proibição está subentendida, ostentando caráter geral e vigorando por um prazo certo, de cinco anos contados da celebração de contratos onerosos ou gratuitos resultantes na transferência da titularidade de um estabelecimento, de trespasse ou de doação”*<sup>69</sup>.

Referências ao caso da Companhia de Juta são muito frequentes nos livros texto de Direito Comercial e de Direito Civil que há disponíveis no mercado editorial brasileiro. Por exemplo, colhe-se explicação pormenorizada do caso em obra muito divulgada, a propósito de explicações relativas às convenções lícitas, no estudo referente à clientela, enquanto um atributo da empresa, ao lado do aviamento<sup>70</sup>. Assim,

*“No caso de venda de estabelecimento comercial, procura-se preservar a sua clientela, dispendo em cláusula convencional que o empresário-vendedor se absterá de organizar novo fundo de comércio. A cláusula se impõe, pois não se considera, pelo menos no direito brasileiro, implícita como obrigação do vendedor. A esse respeito é famosa a questão judicial intentada em São Paulo, em 1913, pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta contra o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniagens (...)”*<sup>71</sup>.

Em seguida, o autor narrou os passos da discussão, enfatizando que a vitória de Rui Barbosa foi de algum modo impugnada pelo voto do Ministro Pedro Lessa. Concluiu que o art. 1.147 do atual Código Civil dispõe sobre a matéria no direito contemporâneo. O autor esclareceu as duas teses em jogo: para Carvalho de Mendonça o princípio da boa-fé condenava a retomada do negócio feita pelo Conde Penteado, enquanto que para Rui Barbosa a liberdade de atuação comercial e industrial não poderia ser obstaculizada por cláusula inexistente e, se eventualmente presumida, nula porque não fixava limites de tempo, lugar e objeto.

Há, também, outras referências ao problema, resumido sucintamente, na qual o autor conclui que “*a tese, que hoje é dominante na jurisprudência e na doutrina, não logrou, naquela oportunidade, sagrar-se vencedora*”<sup>72</sup>. Bem entendido, a par da doutrina e da jurisprudência citadas, a tese defendida por Carvalho de Mendonça também está positivada, no contexto do art. 1.147 do Código Civil.

De igual modo, há registro de outra síntese do caso, com críticas à decisão do STF, naturalmente, contendo-se com o benefício do retrospecto histórico, como segue:

64 PASSOS, Edilene e LIMA, João Alberto de Oliveira, *Memória Legislativa do Código Civil*, Brasília: Senado Federal, 2012, p. 336.

65 FAZZIO Júnior, Waldo, *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

66 TOMAZETTE, Marlon, *Curso de Direito Empresarial, Teoria Geral e Direito Societário, vol. 1*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 122.

67 Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello, *Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 140.

68 TZIRULNIK, Luiz, *Empresas e Empresários no novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 128.

69 BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes, *Art. 1.147 Código Civil- Comentários*, in PELUSO, Cezar (coordenador), *Código Civil Comentado- Doutrina e Jurisprudência*, Barueri: Manole, 2010, p. 1.103.

70 REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 437 e ss. Edição atualizada por Rubens Edmundo Requião.

71 REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 453.

72 COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial- Direito de Empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

*“Hoje, tal decisão afrontaria o que dispõe o art. 1.147 do Código Civil. Porém, mesmo à época, não havendo disposição equivalente no ordenamento jurídico, a decisão foi equivocada, pois, do ponto de vista concorrencial, acabou promovendo uma concorrência desleal pelo desvio indevido da clientela, uma injustiça, portanto; além disso, não respeitou o princípio da boa-fé nem a obrigação do vendedor de fazer boa a coisa vendida”<sup>73</sup>.*

Em outro manual atualizado, em passagem referente à cláusula de não concorrência, ou de não restabelecimento, do mesmo modo faz-se menção ao caso, esclarecendo-se que a empresa que comprou o estabelecimento do Conde Penteadado “(...) sentiu-se prejudicada, pois claramente houve uma redução do aviamento, e pleiteou a devolução de parte do valor pago pela Fábrica (...) naquela época o STF decidiu em favor das rés, já que no contrato não havia cláusula de não restabelecimento, e ela não deveria ser considerada”<sup>74</sup>.

Outro autor recente referiu-se ao evento da Companhia de Juta, no sentido de que “a disciplina da concorrência decorrente do contrato de trespasse no direito brasileiro foi fruto de um embate histórico, no qual litigavam Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa, sendo certo que à época não havia dispositivo legal regulamentando a concorrência na venda do estabelecimento”<sup>75</sup>. Há também passagem colhida em mais um autor atual, que explicou o episódio com bastante pormenor, concluindo, em crítica à decisão do STF, que

*“(...) não obstante tenha a Suprema Corte assim decidido nesse célebre caso, a jurisprudência foi, ao longo dos anos, consolidando-se em sentido oposto. Firmou-se o entendimento de que, mesmo na ausência de cláusula contratual expressa, o alienante tem a obrigação contratual implícita de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento comercial. Essa obrigação implícita imposta ao alienante é uma decorrência lógica da aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais e encontra respaldo em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros (...)”<sup>76</sup>.*

Prestigioso comentarista do direito de empresa dissertou com alguma extensão sobre o art. 1.147 do Código Civil. Nesse contexto, explicou o embate que houve entre Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa, esclarecendo que o STF acolhera inicialmente a tese da impossibilidade do Conde Penteadado poder se estabelecer no mesmo ramo e no mesmo negócio, após o trespasse de seu empreendimento; concluiu, porém, observando que o STF, “(...) em grau de embargos, reformou a decisão para enunciar que, não havendo cláusula dispondo em contrário, a alienante podia abrir novo estabelecimento com o mesmo ramo de negócio em local próximo”<sup>77</sup>.

Ainda a propósito dessa histórica decisão, um outro autor recente observou que “(...) a possibilidade de restabelecimento, consagrando a ideia de que a obediência às cláusulas de interdição de concorrência somente poderia ser admitida entre alienante e adquirente de fundo empresarial se expressas em documento firmado pelos contratantes”<sup>78</sup>. Retoma-se a linguagem do código e se registra que “(...) salvo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não poderá oferecer concorrência ao adquirente, nos cinco anos seguintes à alienação, sendo que na hipótese de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição em referência vigorará durante o prazo do contrato respectivo”<sup>79</sup>. Por fim, também se ressaltou que “(...) não há impedimento para que se estabeleça expressamente no contrato o direito de o alienante ou proprietário concorrer como adquirente ou usufrutuário”<sup>80</sup>. Há, assim, amplo consenso doutrinário em torno da cláusula.

73 TEIXEIRA, Tarcisio, *Direito Empresarial Sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

74 VIDO, Elisabete, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

75 PEDRO, Paulo Roberto Bastos, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

76 RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Direito Empresarial Esquematizado*, São Paulo: Método, 2016, p. 122.

77 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa- Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 637.

78 NEGRÃO, Ricardo, *Manual de Direito Comercial & de Empresa- Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118.

79 GOMES, Fábio Bellote, *Manual de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

80 BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Curso Avançado de Direito Comercial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120.

#### 4. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS À CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

A doutrina da cláusula da não concorrência, que também se relaciona diretamente com o tema da cessão da clientela, é o pano de fundo de várias discussões que se desdobram na dinâmica do direito empresarial. O assunto irradia-se em vários outros campos, a exemplo do direito do trabalho, dos contratos de franquia, do direito do consumidor, do direito da concorrência e de várias ações indenizatórias. O opaco limite entre as concepções de boa-fé e de liberdade de atuação profissional é tópico recorrente nas várias discussões que há, e que compõem recolha jurisprudencial muito significativa.

O STJ considera que são válidas as cláusulas contratuais de não concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porque adequadas “à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente”. Nesse assunto, há também discussões que chegaram ao STJ e que tem o dano moral como pano de fundo. Exemplifica-se com recusa do STJ no sentido de reexaminar o contexto fático-probatório em um caso determinado, no qual não se caracterizou o dano moral invocado, porquanto o interessado não teria se prejudicado, com base na cláusula de não concorrência, uma vez que foi indenizado com o pagamento de cotas da sociedade contra a qual litigava<sup>81</sup>.

No direito do trabalho, a mencionada cláusula também provoca acirrados debates. Há contratos de trabalho com cláusula de não concorrência expressa, que se considera lícita, para o período posterior ao término do pacto laboral; sua alteração, no entanto, feita unilateralmente, e prejudicial ao empregado, é declarada nula de pleno direito, nos termos do art. 468 da CLT<sup>82</sup>. Sua inclusão nos contratos é lícita, como condição genérica, indicadora de elemento acidental do negócio jurídico, e com eficácia subordinada a evento futuro e incerto<sup>83</sup>.

Em ações de indenização reparatórias, deve o empregado comprovar que a cláusula de não concorrência existente no contrato de trabalho prévio impossibilitou sua contratação por outra empresa ou impedido, de qualquer forma, posterior desempenho de suas atividades profissionais; caso contrário, inexistente prejuízo capaz de ensejar o deferimento da indenização reparatória pretendida, nos dizeres de importante acórdão trabalhista<sup>84</sup>.

A jurisprudência trabalhista admite, inclusive, a validade de estipulação de cláusula de não concorrência, mesmo já vigendo o contrato de trabalho; geralmente, é acompanhada das cláusulas de sigilo, de confidencialidade e de não concorrência, sendo, portanto, contextualizada junto às expectativas de boa-fé<sup>85</sup>. Cogita-se de uma indenização compensatória, em favor do empregado, nas hipóteses da cláusula de não concorrência, a exemplo do julgado que segue, que nos revela circunstância de constrangimento ao livre exercício da atividade profissional, nos termos da ementa adiante reproduzida, com ênfases nossas:

*“Ementa: ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE TRABALHO DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. A estipulação, em termo de aditamento contratual, de cláusula que proíba o empregado, pelo prazo de 24 meses da data do eventual término de seu contrato de trabalho, independentemente do motivo da rescisão, exercer suas atividades profissionais para quaisquer empresas (ou suas subsidiárias, controladoras, coligadas ou associadas), que comercializem artigos de vestuário em geral e seus acessórios, inclusive calçados, nas Regiões Metropolitanas em que a reclamada mantiver operando quaisquer de suas lojas, praticamente inviabiliza o seu retorno ao mercado de trabalho uma vez que o obreiro fica proibido de atuar no setor onde tem conhecimento amplo, devendo, em consequência, ser compensado financeiramente, sob pena de comprometer diretamente a sua própria subsistência e ferir o*

81 STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 2037 SP 2011/0040879-2 (STJ) - Data de publicação: 31/03/2014.

82 TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00114968720135010205 RJ (TRT-1) - Data de publicação: 30/06/2015.

83 TRT-15 - Recurso Ordinário RO 52325 SP 052325/2011 (TRT-15)- Data de publicação: 19/08/2011.

84 TRT-4 - Recurso Ordinário RO 00017812720105040404 RS 0001781-27.2010.5.04.0404 (TRT-4) - Data de publicação: 25/09/2013.

85 TRT-9 - 1815420092908 PR 18154-2009-2-9-0-8 (TRT-9) - Data de publicação: 17/08/2010.

*tratamento isonômico que deve existir entre as partes contratantes, diante do caráter comutativo do pacto laboral, que exige equivalência nas prestações executadas*<sup>86</sup>”.

A definição de cláusula de não concorrência, para efeitos trabalhistas, decorre de uma concepção obrigacional de natureza moral e de lealdade. Afasta-se, inclusive, um imaginário princípio preponderante, que seria o princípio da liberdade do trabalho. Nesse sentido, em julgado marcado por forte cunho didático, fixou-se que, também, com ênfases nossas:

*“Ementa: CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. VALIDADE. Embora a legislação trabalhista seja omissa quanto ao tema ventilado. O artigo 444 da CLT prevê, como regra, pactuação livre das cláusulas contratuais, desde que não haja violação às disposições legais, coletivas, e, às decisões das autoridades competentes. A cláusula de não concorrência é a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o (a) empregador (a). Trata-se de uma obrigação de natureza moral e de lealdade. Não há de se falar em ofensa ao Princípio da Liberdade de Trabalho, quando o pacto de não concorrência foi livremente pactuado e há previsão do limite temporal da restrição, mediante justa retribuição, como é o caso vertente. Revelado o descumprimento da referida avença, cabe ao obreiro restituir à empregadora o valor proporcional ao tempo que falta para completar os 12 meses de restrição*<sup>87</sup>”.

Em matéria de contratos de franquia a cláusula de não concorrência também é recorrente, em que, também informada por um princípio de boa-fé, que a justifica, a exemplo do que ocorre nos outros campos no direito, exatamente como concebido por Carvalho de Mendonça, em âmbito de direito empresarial, como vimos ao longo do Caso da Companhia de Juta. À luz dessa premissa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu que *“analisada a cláusula de não concorrência à luz da função limitadora da boa-fé, observa-se que não há justificativa para impedir que a antiga franqueada explore atividade que não exerce concorrência sobre o mesmo mercado, destacada a vedação de utilização das técnicas da franqueadora*<sup>88</sup>”.

Nesse mesmo tópico, contrato de franquia, há limites para a duração da interdição negocial, dado que, conforme decidido também pelo TJ-MG, *“a parte aderente a cláusula de não-concorrência não pode permanecer indefinidamente ligada a outra, com o pretexto de se proteger informações tidas como estratégicas em um determinado momento, mas que dada a dinamicidade do mercado e da sociedade globalizada, podem se tornar rapidamente obsoletas*<sup>89</sup>. Deve-se precaver, no entanto, com a potencialidade de abuso que a cláusula enceta, devendo-se - - uma vez de que reconhecido abuso - - readequar-se, judicialmente, o contrato a aspectos de limitação temporal, material e espacial<sup>90</sup>.

Nesse campo, contrato de franquia, a cláusula suscita algumas peculiaridades, entre outras, no sentido de que seja *“(…) possível a aplicação da cláusula de não concorrência prevista no contrato de franquia firmado entre as partes, quando a franqueada não prova que a franqueadora é a responsável pela rescisão*<sup>91</sup>. Há, até mesmo, necessidade de fixação de cláusula de não concorrência no corpo do contrato de distrato, como já decidido Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>92</sup>. Nos contratos de franquia há, eventualmente, certa mitigação das condições restritivas, a favor do franqueado, atendidas as regras do franqueador, desde que não abusivas<sup>93</sup>.

86 TRT-16 - 2415200400116009 MA 02415-2004-001-16-00-9 (TRT-16) - Data de publicação: 22/06/2007.

87 TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 16201820125020 SP 00016201820125020011 A28 (TRT-2) - Data de publicação: 30/10/2013.

88 TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv AI 10701130245460001 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 09/05/2014.

89 TJ-MG - Apelação Cível AC 10024060443082002 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 19/04/2013.

90 TJ-RS - Embargos Infringentes EI 70055224042 RS (TJ-RS) - Data de publicação: 06/08/2013.

91 TJ-MG - Apelação Cível AC 10210120061333001 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 25/02/2014.

92 TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 02575687320128260000 SP 0257568-73.2012.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 25/07/2013 - Ementa: Antecipação de tutela. Ação de obrigação de fazer. Deferimento parcial. Manutenção da decisão agravada. Réus-agravantes que não conseguiram infirmar a vislumbrada verossimilhança das alegações da autora-agravada e o fundado receio de dano de difícil reparação. Existência de cláusula de não concorrência tanto no contrato de franquia quanto no distrato, que veda a exploração do mesmo ramo de atividade da autora, ou seja, a comercialização de “batata e mandioca recheadas”.

93 TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 21176089720148260000 SP 2117608-97.2014.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 20/08/2014 - Ementa: TUTELA ANTECIPADA. Ação de resolução de contrato de franquia com declaração de nulidade de cláusulas e indenização. Pedido para que possam exercer livremente a atividade, afastando-se, temporariamente, a cláusula de não-

Os rigores da cláusula provocam constante intervenção judicial, a exemplo de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que definiu que “*a rigor, o pacto da não concorrência é compatível com o ordenamento jurídico (...) a validade da cláusula, contudo, deve ser averiguada tanto sob a ótica temporal, quanto sob a ótica da privação do trabalho*”<sup>94</sup>. Exatamente como Rui Barbosa insistia no caso da Companhia da Juta, os aspectos temporais, materiais e espaciais devem ser bem fixados, com razoabilidade. Caso contrário, como também decidido pelo TJ-RS, “*impõe-se reconhecer parcialmente a sua abusividade, com a sua readequação (...)*”<sup>95</sup>. O critério temporal na cláusula de não concorrência deve ser plausível, o que comprova inexistência de ilícito, e, portanto, não suscita indenização<sup>96</sup>. Também, o limite territorial, que deve ser fixado, uma vez não respeitado, também suscita condenação, como ofensa à boa-fé objetiva, que justifica a tipificação de concorrência desleal<sup>97</sup>.

A boa-fé objetiva, com base no Código Civil, é o fundamento para a observância da cláusula de não concorrência, doutrina que se formou na atuação de Carvalho de Mendonça no caso Companhia da Juta. Como já decidido, “*as partes devem guardar a boa-fé objetiva antes, durante e após a execução do contrato (CC, art. 422) (...) ainda que extinto o contrato, remanesce válida a cláusula de não concorrência firmada no bojo de contratos, à luz da eficácia pós-contratual decorrente do princípio da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CC/02*”<sup>98</sup>. Bem entendido, a cláusula de não concorrência somente alcança as partes contratantes, não vinculando terceiros estranhos à relação mercantil, consumerista, de franquia ou trabalhista, como também já definido pela jurisprudência. A jurisprudência é enfática em reconhecer que a boa-fé objetiva é a cláusula geral que deve orientar todos os contratos, com mais razão na hipótese dos contratos de *trespasse*, que contenham cláusula de não concorrência<sup>99</sup>.

Os tribunais, além disso, separam pretensões de condenações por dano moral, quando há cláusula contratual de não concorrência. No caso de pedidos duplos, a cláusula subsiste, é válida, não se configurando o dano moral; assim, decidiu-se que “*a infração à cláusula de não concorrência não constitui ofensa à personalidade e não justifica condenação a título de danos morais, não se entendo, em semelhante procedimento, agressão à honra subjetiva, versando, a hipótese, apenas sobre eventual descumprimento contratual*”<sup>100</sup>. A jurisprudência não admite condenação por danos morais quando a ação se baseia em descumprimento de cláusula de não concorrência.

Deve-se ater aos rigores da fixação de prazos. A jurisprudência não admite contratos com prazo indeterminado, o que qualifica cláusula abusiva e desproporcional, como reiteradamente decidido<sup>101</sup>. Quando os prazos são razoáveis, um ano por exemplo, o descumprimento do pactuado justifica ordem judicial para condenação do faltante<sup>102</sup>. Uma vez caracterizado e comprovado o rompimento da cláusula, tem-se a de-

---

concorrência. Deferimento apenas parcial, mantido. Decisão que permite a continuidade da atividade, mas atendidas as regras do franqueador. Ausência de prova inequívoca do direito alegado. Recurso desprovido.

94 TJ-RS - Agravo AGV 70055010383 RS (TJ-RS) - Data de publicação: 19/07/2013.

95 TJ-RS - Apelação Cível 70036049377 RS (TJ-RS) - Data de publicação: 14/11/2012.

96 TJ-RS - Apelação Cível AC 70043703263 RS (TJ-RS) -Data de publicação: 22/04/2013.

97 TJ-SP - Apelação APL 00064771920128260099 SP 0006477-19.2012.8.26.0099 (TJ-SP) - Data de publicação: 22/01/2015 - Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. REPARACAO DE DANOS. TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. CONCORRENCIA DESLEAL. Recurso do réu. Concorrência desleal caracterizada. Violação de cláusula de não concorrência. Limite territorial não respeitado pelo réu (...). Afronta à boa-fé objetiva. Lucros cessantes provados pela queda do faturamento no período. Sentença mantida na íntegra no mérito. (...).

98 TJ-SP - Apelação APL 24969520098260451 SP 0002496-95.2009.8.26.0451 (TJ-SP). Data de publicação: 29/08/2011.

99 TJ-SP - Apelação APL 00113944720098260597 SP 0011394-47.2009.8.26.0597 (TJ-SP) - Data de publicação: 27/02/2013.

100 TJ-SP - Apelação APL 9080705512008826 SP 9080705-51.2008.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 27/09/2012.

101 TJ-SP - Apelação APL 00189786220138260004 SP 0018978-62.2013.8.26.0004 (TJ-SP)- Data de publicação: 14/05/2015 - Ementa: CONCORRÊNCIA DESLEAL. Alienação de carteira de locação e administração de imóveis. Contrato celebrado do ano de 1990, contendo cláusula de não concorrência por prazo indeterminado. Cláusula abusiva e desproporcional, segundo iterativo entendimento dos tribunais. Ré que somente retomou atividade empresarial no mesmo ramo 14 anos depois - Ausência de desvio de clientela. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

102 TJ-SP - Apelação APL 01316849320108260100 SP 0131684-93.2010.8.26.0100 (TJ-SP) - Data de publicação: 13/04/2015 - Ementa: Contrato de Arrendamento de Software para Montagem de Portal de Anúncios. Cancelamento por iniciativa do réu. Cláusula de não concorrência pela qual se obrigou a não montar outro portal na mesma região pelo prazo de um ano. Descumprimento do período de quarentena. Condenação do pagamento de indenização por danos morais. Não configuração. Ausência de comprovação de mácula à imagem e honra da empresa. Recurso provido.

monstração da ilicitude, e a conseqüente condenação<sup>103</sup>; trata-se da regra geral nos contratos de trespasse, como comprova a ementa que segue, cujas linhas gerais evocam o Caso da Fábrica de Juta, em seus contornos:

*“Ementa: CONTRATO DE TRESPASSE. Obrigação legal de não concorrência durante determinado prazo. Loja de materiais de construção. Resolução. Admissibilidade. Prosseguimento do alienante no mesmo ramo empresarial e âmbito territorial em estabelecimento comercial pertencente à sua irmã. Violação positiva do contrato. Ausência de empresa em nome do alienante. Irrelevância. A vedação do art. 1.147 é ampla, à concorrência de modo geral, e não apenas à constituição de pessoa jurídica concorrente. Violação da cláusula de não concorrência e dos deveres anexos de lealdade e de informação. Sentença reformada. Recurso provido<sup>104</sup>”.*

A jurisprudência já reconheceu também que a cláusula de não concorrência pode se encontrar embutida em outros termos contratuais, a exemplo da obrigatoriedade de alteração de título de estabelecimento, em hipóteses de trespasse de estabelecimento comercial<sup>105</sup>. Como regra, a condenação se dá em perdas e danos, afastando-se, como já explicitamos, a condenação por dano moral<sup>106</sup>. De igual modo, a retirada de sócio de empresa, vinculada a cláusula de não concorrência, também justifica condenação, ainda que o sócio que se retira opere por intermédio de empresa pertencente a seus familiares<sup>107</sup>.

Há notícias de solução arbitral levada a juízo em tema de alegado desrespeito a cláusula de não concorrência inserida em negócio de cessão de direitos. Nesse caso, tratava-se de discussão em torno de propriedade industrial, na qual o cedente – criador de uma coleção de moda – utilizou o nome da filha, que na etiqueta vinculava ao seu. A utilização transversa de um nome civil, que, indiretamente, indicava a autoria da coleção, no entender do TJ-SP, caracteriza violação de cláusula de não concorrência<sup>108</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cláusula de proibição de concorrência é um interessante tema que suscita reflexões em torno de um conflito real entre os princípios da boa-fé objetiva e da liberdade de ação empresarial. O rumoroso caso da juta, e toda a sofisticada argumentação que lá se encontra, ilustra, de modo significativo, a forma como a questão circulou até definitiva e pacífica incorporação no Código Civil de 2002.

Constatamos que essa fixação normativa é menos o resultado dos efeitos do caso da juta do que mera

103 TJ-SP - Apelação APL 994080444283 SP (TJ-SP)- Data de publicação: 30/08/2010 - Ementa: Trespasse - Violação de cláusula de não- concorrência - Caracterização de ato ilícito - Condenação do alienante - Recurso parcialmente provido.

104 TJ-SP - Apelação APL 40100171620138260602 SP 4010017-16.2013.8.26.0602 (TJ-SP) - Data de publicação: 01/03/2016.

105 TJ-SP - Apelação APL 00065333720118260568 SP 0006533-37.2011.8.26.0568 (TJ-SP). Data de publicação: 15/05/2013. Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais. Descumprimento contratual. Compromisso de compra e venda entre particulares. Trespasse de estabelecimento comercial. Transferência de direitos sobre o título do estabelecimento. Sentença parcialmente procedente. Danos morais não configurados. Ausência de obrigatoriedade de alteração do título do estabelecimento. Gastos decorrentes não são indenizáveis. Verdadeira cláusula de não concorrência. Título não é passível de registro e que não pode ser confundido com marca e denominação. Multa por descumprimento contratual indevida. Apelo improvido.

106 TJ-RS - Apelação Cível AC 70069549632 RS (TJ-RS)- Data de publicação: 11/11/2016. Ementa: (...) I. A violação à cláusula de não concorrência ajustada em Contrato de Compra e Venda de Fundo de Comércio, de regra, justifica a rescisão do ajuste, com o retorno das partes ao status quo ante. Entretanto, quando se mostra inviável o retorno das partes ao estado anterior em razão das peculiaridades do caso concreto - hipótese dos autos -, deve ser mantido hígido o contrato, com a condenação da parte inadimplente ao pagamento de indenização por perdas e danos. II. In casu, o valor do dano material deverá ser apurado com base nas vendas realizadas pela empresa constituída para prática da concorrência desleal (...).

107 TJ-SP - Apelação APL 994051019736 SP (TJ-SP) - Data de publicação: 03/11/2010 - Ementa: APELAÇÃO - Anulatória e Indenização - Societário- Sócio que se retirou da empresa coautora, mediante assinatura de cláusula de não concorrência pelo prazo de 12 meses - Elementos constantes dos autos que denotam violação da aludida cláusula por parte do sócio retirante, primeiramente por intermédio de empresa pertencente a seus familiares e, posteriormente, por empresa da qual se tornou sócio - Indenização devida - (...)

108 TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 20571658320148260000 SP 2057165-83.2014.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 26/08/2014.

e simples transposição de regra do Código Civil italiano, a exemplo do que ocorreria, por exemplo, com o conceito de empresário e com toda a construção de uma teoria da empresa.

Chamam a atenção as sutilezas exploradas por Rui Barbosa, a firmeza conceitual de Carvalho de Mendonça e a coerência argumentativa de Pedro Lessa. A discussão revela momento ímpar da história econômica brasileira, exatamente na transição de uma economia substancialmente agrícola para um modelo orientado para a produção industrial.

Quanto ao Conde Penteadado, seus métodos negociais ficam evidentes. Ao que consta, há indícios de alguma reserva mental, a propósito de posterior concorrência com a fábrica que havia vendido, e consequente captação de clientela. Nesse ponto, no qual se questiona a boa-fé objetiva, o núcleo do argumento de Carvalho de Mendonça. Por outro lado, a adesão de Rui Barbosa ao liberalismo econômico é absoluta, e não se pode negar que ao Conde Penteadado estaria definitivamente vedado o retorno à sua atividade econômica. Desse modo, as necessárias indicações de tempo, objeto e espaço, questionadas ao longo da decisão.

Constatamos, também, que o conceito de não concorrência alcança alguns outros campos do direito, a exemplo do direito do trabalho e dos contratos de franquia.

Registramos, também, que de um importante caso da história do nosso direito podemos constatar que as discussões jurídicas se reproduzem, comprovando-se a máxima de Alexis de Tocqueville, para quem a história é uma galeria de quadros, em que há poucos originais e muitas cópias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco, *Direito Civil- Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes, *Art. 1.147 Código Civil- Comentários*, in PELUSO, Cezar (coordenador), *Código Civil Comentado- Doutrina e Jurisprudência*, Barueri: Manole, 2010.
- BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.
- BARRETO, Plínio, *A Cultura Jurídica no Brasil*, São Paulo: Gráfica d'O Estado de São Paulo, 1922.
- BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Curso Avançado de Direito Comercial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- CARONE, Edgard, *A Primeira República (1889-1939) - Corpo e Alma do Brasil*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.
- CARVALHO, Orlando. Critérios e estruturas do estabelecimento comercial, Coimbra Editora, Coimbra, 1967.
- COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial- Direito de Empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FAZZIO Júnior, Waldo, *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Atlas, 2014.
- FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro- da mercancia ao mercado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FRANCO, Vera Helena de Mello, *Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GOMES, Fábio Bellote, *Manual de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa- Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- HOBSBAWN, Eric, *Ecos da Marselha- Dois séculos reveem a Revolução Francesa*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Tradução de Maria Célia Paoli.
- HOBSBAWN, Eric, *The Age of Revolution- 1789-1848*, London: Abacus, 1999.
- HORBACH, Carlos Bastide, *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- LIPPERT, Marcia Mallmann, *A Empresa no Código Civil, Elemento de Unificação do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MACHADO NETO, A. L., *História das Ideias Jurídicas no Brasil*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.
- MEIRA, Sílvio, *Clóvis Beviláqua- Sua vida. Sua obra*, Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990.
- BARBOSA, Rui, *Réplica, Obras Completas, Vol. XXIX, 1902, Tomos I e II*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953.
- MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1979.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro- Volume I*, São Paulo: Freitas Bastos, 1945.
- MORALES, Cesar Mecchi, *Carvalho de Mendonça*, in RUFINO, Almir Gasquez e PENTEADO, Jaques de Camargo, *Grandes Juristas Brasileiros*, São Paulo: Martins Fontes.
- MORATO, Francisco, *Prefácio*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.
- NEGRÃO, Ricardo, *Manual de Direito Comercial e de Empresa- Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- PASSOS, Edilene e LIMA, João Alberto de Oliveira, *Memória Legislativa do Código Civil*, Brasília: Senado Federal, 2012.
- PEDRO, Paulo Roberto Bastos, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PRADO Jr., Caio, *Evolução Política do Brasil e outros estudos*, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Direito Empresarial Esquematisado*, São Paulo: Método, 2016.
- REALE, Miguel, *História do Novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2015. Edição atualizada por Rubens Edmundo Requião.
- RIBAS, Joaquim Conselheiro, *Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- TEIXEIRA, Tarcisio, *Direito Empresarial Sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 2016.
- TOLEDO, Roberto Pompeu de, *A Capital da Vertigem*, São Paulo: Objetiva, 2015.
- TOMAZETTE, Marlon, *Curso de Direito Empresarial, Teoria Geral e Direito Societário, vol. 1*, São Paulo: Atlas, 2011.
- TOQUEVILLE, Alexis de, *O Antigo Regime e a Revolução*, São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de Rosemary Costhek Abílio.
- TZIRULNIK, Luiz, *Empresas e Empresários no novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo: Perspectiva, 2004.

VIANA FILHO, Luiz, *A Vida de Rui Barbosa*, São Paulo: Livraria Martins Editora, s.d.

VIDO, Elisabete, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Conditional cash transfers (cct) in Latin America:** Analyzing their potentials and challenges special reference to the Argentine Republic

**Programas sociais de transferência de renda na América Latina:** Analisando suas potencialidades e desafios com especial referência à República Argentina

Luciano Carlos Rezzoagli

Gonzalo Chiapello

Florencia Cabrera

# Conditional cash transfers (cct) in Latin America: Analyzing their potentials and challenges special reference to the Argentine Republic\*

## Programas sociais de transferência de renda na América Latina: Analisando suas potencialidades e desafios com especial referência à República Argentina

Luciano Carlos Rezzoagli\*\*

Gonzalo Chiapello\*\*\*

Florencia Cabrera\*\*\*\*

### ABSTRACT

Conditional cash transfers as a financial instrument for resource allocation directed towards vulnerable social sectors, was widely used since the 90s until today, both in Latin America and developing countries in other continents and even some developed countries. However, the problems and challenges that come with such interventions require a detailed analysis of opportunity, implementation, evaluation and control to determine its legitimacy, potentials and challenges. It is a qualitative, non - experimental, logical - descriptive and analytical study.

**Keywords:** social development, poverty, public finance, conditional cash transfer, Latin America.

### RESUMEN

Las transferencias monetarias condicionadas como instrumento financiero de asignación de recursos direccionado hacia sectores sociales vulnerables, fue ampliamente utilizada desde los 90s hasta nuestros días, tanto en América Latina como en países en vía de desarrollo de otros continentes y hasta por algunos países desarrollados. Sin embargo, los problemas que vienen con este tipo de intervenciones requieren un análisis detallado de oportunidad, ejecución, evaluación y control para determinar su legitimidad instrumental sus potencialidades y desafíos. Es un estudio cualitativo, no experimental, lógico – descriptivo analítico.

**Palabras claves:** desarrollo social, pobreza, finanzas públicas, transferencias monetarias condicionadas, América Latina.

\* Recibido em 12/12/2016  
Aprovado em 24/12/2016

\*\* Researcher CONICET - National University of Litoral, Argentina . Phd in Public Finance and Tax Law at the University of Salamanca, Spain. Email: lrezzoagli@hotmail.com . Dirección laboral: Candido Pujato 2751. (3000) ciudad de Santa Fe, provincia de Santa Fe, Argentina, Tel. laboral (54) 0342 4571207 (Centro de Investigaciones, FCJS – UNL).

\*\*\* Researcher at the research group of Fiscal Federalism and Territorial Asymmetries (Director Dr. Luciano Rezzoagli ) of the National University of Litoral, Argentina

\*\*\*\* Researcher at the research group of Fiscal Federalism and Territorial Asymmetries (Director Dr. Luciano Rezzoagli ) of the National University of Litoral, Argentina.

## RESUMO

Programas sociais de transferência de renda foram amplamente utilizados, desde os anos 90 até os nossos dias, como instrumento financeiro para alocação de recursos destinados a setores sociais vulneráveis tanto na América Latina como em países em desenvolvimento de outros continentes; inclusive, em alguns países desenvolvidos. Todavia, os problemas que surgem com este tipo de intervenção requerem uma análise detalhada acerca de sua oportunidade, execução, avaliação e controle, para que se possa determinar a sua legitimidade instrumental, suas potencialidades e desafios. Este é um estudo qualitativo, não experimental, e lógico – descritivo e analítico.

**Palavras-chave:** desenvolvimento social, pobreza, finanças públicas, programas sociais, transferências monetárias condicionadas, América Latina.

## 1. INTRODUCTION

Latin America is the most unequal region in the world, although it is also the one that has experienced the greatest progress in combating the poverty over the last fifteen years<sup>1</sup>. The economic crisis in 2008/09 became a turning point for the region; since many Latin American Governments did not opt for austerity measures or structural adjustments programs to face the crisis but for maximizing the presence of the public sector and maintaining social investment to tackle the consequences of the crisis in the economic and social field.

In this scenario, co-responsibility programs (intergovernmental transfers for social purposes or directly targeted at certain citizens as beneficiaries) were one of the most significant innovations in policies throughout the continent.

This form of social-protection programs have been developed as an attempt –since its early implementation- to coordinate the objective of reducing and containing the poverty with the concomitant promotion of social cohesion, broadening the scope of traditional social security<sup>2</sup>.

Brazil and Mexico were the two first countries in the region that articulated these kind of initiatives, back in the early 90s; and that today has achieved widespread coverage across Latin America. As figures show, currently twenty countries in the region has put into force some kind of transfer related social program; reaching around 127 million people; allocating 0.4% of regional GDP<sup>3</sup>.

The crux for these programs to operate properly is Federal Government coordination; since its important role ranges from the provision of public goods and promotion of welfare to the need to pass tax reforms aligned with the social objectives throughout all the country taking into account regional differences and needs<sup>4</sup>, one of the main discussion revolves around deciding how decisions are made and from which level of government those needs and policies are designed and externalized (whether it is federal or local government) as this raises a lot of issues related to how these programs should be conducted.

The Universal Declaration of Human Rights evidences an early concern about various components of social protection, which back then were gathered and arranged in the International Covenant on Civil and Political Rights.

1 Eclac, report 2015. [http://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/220321\\_ps\\_2015\\_ppt.pdf](http://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/220321_ps_2015_ppt.pdf)

2 Cogliandro, G. (2010). El programa Asignación Universal por Hijo y los cambios en los programas de transferencias condicionadas. Fundación Siena.

3 Eclac, report 2015. [http://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/220321\\_ps\\_2015\\_ppt.pdf](http://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/220321_ps_2015_ppt.pdf)

4 Eclac, report 2015. [http://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/220321\\_ps\\_2015\\_ppt.pdf](http://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/220321_ps_2015_ppt.pdf)

Likewise, The 1988 San Salvador Protocol states that all OAE's member countries must protect, through progressive measures, economic, social and cultural rights in their national legislation so as to ensure the general welfare. The Protocol imposes obligations on the states in terms of labor rights, social security scope, the right to enjoy the highest level of mental, social and physical wellbeing (through the recognition of the right to health, right to adequate nutrition and the right to education) and the states' duty to guarantee improvements in the material living conditions of families. It is in this specific aspect where CCT find their source of legitimacy.

Several countries have constitutional recognition of social rights –examples being the cases of Brazil, Colombia and Argentina, among others- however, only a few of them actually include explicit guarantees of rights in their policies and social protection programs. Also, there are still large gaps in both access and coverage for different population groups<sup>5</sup>. CCT programs are a part of the public, and at the same time, social policies that governments enforce in order to face these challenges<sup>6</sup>, that is why they cannot be analyzed outside the sociopolitical and economical context that affects their design and implementation.

As it is logical, it is not the same implementing CCT programs in highly unequal regions as it is in regions with an homogeneous distribution of horizontal opportunities (access to health care, education, public facilities and so on); nor is it the same in a country with a relatively high Gini coefficient (which reflects inequality) as it is in another with a lower one (which shows a high rate of equality), or at least, with a GDP geographical distribution not concentrated in just a small part of the territory. In these latter cases, redistributive policies lose ground against the need of impose more and better incentives for competition and social responsibility.

One of the main challenges for Latin America as a region with high social inequality and therefore with a high concentration of development opportunities in a small part of the population and territory; is the enormous challenge that poses food security, starting from the complexity that means recognizing food as a right for everyone, in a context in which agriculture and natural resources are subject to commodification, environmental degradation and international policies which insist on banking on industrial agriculture and speculative markets within a loose regulatory framework, which leaves nothing but small farmers unprotected and vulnerable people without proper access to food<sup>7</sup>. Inequality, thus, does not only reflects on a huge income gap but also on discrimination against class, race, gender, geographical origin, and so on; which makes it incompatible with our democratic ideals<sup>8</sup>.

When it comes to helping vulnerable people, we must bear in mind that poverty is not only a deficit in material resources but also a context in which decisions are made, which means that it also implies a cognitive burden for the people who suffers it. Individuals who must exert a great deal of mental energy every day just to ensure access to necessities such as food and clean water are left with less energy for careful deliberation on their development opportunities than those who have their basic needs met.

Malnutrition is particularly serious when it takes place in early years of life, since it always emerges in places where low self-esteem and lack of hygiene seal human misery as malnourished often come from places which lacks of drinking water, hot water, sewers and toilets, in short, places which lack of elements that ultimately are human rights.

5 Cecchini, S. et. al. (2015). Instrumentos de protección social: caminos latinoamericanos hacia la universalización, ECLAC, N° 136 (LC/G.2644-P).

6 Cecchini, S., & Martínez, R. (2011). Protección social inclusiva en América Latina: una mirada integral, un enfoque de derechos. ECLAC. <http://www.cepal.org/es/publicaciones/2593-proteccion-social-inclusiva-america-latina-mirada-integral-un-enfoque-derechos>

7 Manos Unidas (2013). Derechos Humanos para construir Igualdad, Boletín 192, <http://www.manosunidas.org/sites/default/files/boletin192.pdf>

8 Strapasson, K. and Pamplona, D. (2014): A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil, Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol.4 n° 2, pp. 46 – 48..

*“Well, in this environment of misery, in which most of poor children are born and raised, which includes the absence of family celebrations, music, colors, joy or any other festivities; sadness and discouragement make their own way among the lack of respect to their own bodies and appearance (lack of hygiene and beauty) and also the lack of value for their own home... I mean, parents of malnourished cannot give joy to their children as they do not actually have it (no one can give what they do not have), so, if we want to help them, we must provide them with not just hot water and hygiene but also affection, understanding, love and education. And as time goes by, we will eventually encourage in them the same virtues, and gradually that “citizen insecurity” –another big evil that comes with bad nutrition- will be extinguished. Gradually we will reap the same we sow”.*

On the basis of the above, It is no doubts that: ensuring equal opportunities for the population of Latin America is one of the biggest challenges in the region and should be tackled with targeted public policies so as to mitigate the current distressing reality. A very significant novelty in the new IMF rhetoric (2014) is how much importance the organism place on the problem of income inequality; which is not just seen as a matter of social injustice but also as a big obstacle to growth. This “inequality momentum” in the official economic thought evidences a mayor change; bridging a gap between social problems and economic challenges; since previously the social issues were presented as a different category from economic growth-related issues.

In this regard, as long as Society and States have as their common objective freedom, democracy, social justice and economic progress, Equality shall emerge as an elemental and indispensable common ground<sup>10</sup>. It is important, as well, to remember that the very concept of nation must be understood as a solidarity arc beyond the often diverse and conflicting interests of the society.

According to an study conducted by The Inter-American Development Bank, and directed by Stampini Tornarolli in 2012, in the last 15 years CCT programs have revolutionized the way that social assistance is provided to the poor people around the world. This sort of programs have expanded all the way form Latin America and the Caribbean to Asia and Africa, and even some industrialized countries have adopted them as well. They were introduced for the first time in Brazil and Mexico back in the mid-nineties and by 2011 they had already been implemented in 18 countries in the region, reaching roughly 135 million beneficiaries<sup>11</sup>.

Positive impact assessments shown by public statistics and a decade of sustained economic growth -which has ultimately been reflected on an expanded fiscal capacity- were proven vital for its support<sup>12</sup>. Currently, CCT programs account for over 20 % of their beneficiaries’ income and it is estimated that the incidence of poverty would be 13 % higher if they had never been implemented. The largest programs (in Brazil, Colombia and Mexico) have reached a coverage which range from 50 to 55 % of the poorest segments of the society.

## **2. CCT AND ITS EXPLOITATION; CONDITIONALITY AS ITS SPECIFIC TRAIT.**

This resource is founded on the grounds of an efficient welfare which helps to promote development in vulnerable economic sectors, but not giving money as a gift devoid of control, but in a way that encourages responsible practices in the social receiver sector ensuring that -through the relatively strict control by the grantor agency of the fulfilment of the requirements upon which the grant is conditioned- the needs that originally cause the necessity of the provision, are actually being tackled.

9 Albino, A. (2010), *Gobernar es poblar*, edición Logos, Buenos Aires, pp. 34 and 35.

10 Oszlak, O. (2010). “Formación histórica del Estado en América Latina. Elementos teórico-metodológicos para su estudio”, en: Acuña, C., *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer, para fortalecer el actual*, ed. Brujas: Buenos Aires, primera edición, pp. 115 – 142.

11 Stampini, M. y Tornarolli, L. (2012). *The growth of conditional cash transfers in Latin America and the Caribbean: did they go too far?* IDB. <http://ftp.iza.org/pp49.pdf>

12 Amorim, R. and Chagas, L. (2014). *A construção de novas políticas sociais: o caso de mato Grosso do Sul*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, pp. 114 – 136.

That being said, the additional effect of “encouraging the so called responsible social practices” that this institute has, must be brought to the fore. It is well known that the most disadvantaged sections of the population are also those that carry a serious educational debt. And we are not referring just to the formal-institutional education, but the social education, such as strict compliance with the compulsory school attendance, pregnancy care, medical checks and prevention of disease and so on; all of which are undoubtedly laudable and desirable habits that generate a more responsible and inclusive society, while attacking the reasons of social exclusion in the long run<sup>13</sup>. That is why CCT are supported by those who advocate to a “rights-based” approach to development; which aims to achieve a transformation of power relations among the development actors empowering the right holders, rather than just granting them money.

Not only they seeks to promote inclusion by merely making funds available -as entitlement do- but rather addressing the very causes of exclusion -lack of education and health protection- and its consequences.

The traditional approach revolved exclusively around attacking one single issue: food security as an unmet human need whereas this new model -prevailing in latin america- is set to go even further beyond; cultivating desirable social customs that help to build a better social prospective for the vulnerable social groups; thus, disrupting the cycle of poverty.

Of course we are aware of the fact that most of the people who before the cash transfers entered into force didn't have that behavior, now exhibit it not because they had had an epiphany regarding social responsibility but because of the money, it is also true that meanwhile and as a side effect, CCT sow a sense of “responsibility” in the fulfilment of the beneficiaries' social duties, which in best-case scenario, will persist even when the transfers had been withdrawn.

This is, without a shadow of a doubt, a great advantage of CCT as a mechanism to address the causes of poverty by capitalizing human resources compared with the traditional system that lacks of that “empowerment factor”.

We want to make the case that conditional social benefits, as an intended to tool to address poverty, can only be designed form the beginning as a temporary and well targeted measure whose ultimate goal shall be building the social structure required to overcome poverty.

CCTs are not about perpetuating poverty with some sort of third-rate alms but instead about attacking and eventually eliminating it. And the way to do so is by making sure that the requirements for granting them are always met since they –and not the money- are the actual mean to achieve the final goal: zero poverty and social development.

### **3. SOCIAL RESPONSIBILITY.**

All CCT programs are generally associated with the idea of certain conditions that have to be met byj beneficiaries or recipients so as to get the cash transfer. These conditions are considered joint responsibility, a term that implies a greater role of beneficiaries in promoting their own welfare. The idea of responsibility or self-help has been important in the development discourse since the early 90s.

The idea of responsibility involves the notion of reciprocity, in other words, the idea that the obligations are not only imposed on beneficiaries, but also apply to service providers. As an example of this we can name the program Red Solidaria (or “Solidarity Network”) from El Salvador, where the responsibilities are detailed in an agreement which must be signed by the head of the family and the service provider, if once chosen the family is willing to take part.

13 Rawlings, L. and Rubio, G. (2003). Evaluating the Impact of Conditional Cash Transfer Programs: Lessons from Latin America. World Bank Policy Research Working, Paper 3119.

Thus, the government of El Salvador - *through the Ministry of Education*- should provide basic education to all participant children –who are from 6 to 14 years old- up to 6<sup>th</sup> grade; and through the Ministry of Health it is set to provide basic health services in hospitals or other health institutions subcontracted exclusively for this purpose. The government is also expected to promote lifelong learning lessons for beneficiary families; and make cash transfer conditional on school attendance of children, child and maternal periodic health checks and immunization for children under 5 years.

On the other hand, families ought to ensure registration and school attendance of their children from 6 up to 14 years old, -which is from kindergarten all the way up to 6<sup>th</sup> grade-; they have a duty to register for health programs, go on controls of child and maternal health and ensure compliance with the basic health protocols and child immunization. They are also bound to attend training lessons offered for families and spend the money they get on food consumption.

When it comes to deciding who are going to be the beneficiaries of these programs, there are two different approaches to take. One alternative is universal coverage without making any distinction among classes. The other option is a plan targeted exclusively at the poorest therefore most vulnerable sectors of the society; ie. those people who are considered within the range of structural poverty relying not only on income or consumption, but in certain variables that are part of the same problematic phenomenon such as child labor, compliance with compulsory education, access to basic services, job training and any other kind, etc. The decision will depend on the availability of resources and the goals the planner wants to achieve.

Many countries with well-structured programs have had time to improve and refine their targeting systems . In some countries with newer programs, it is likely that improvements are needed. As the variety of countries implementing CCT programs diversifies , we would expect that their targeting mechanism and also their results will also diversify .

Some countries choose universalism instead of targeting, as Bolivia did in the “Juancito Pinto” program for all first graders, whereas, Eastern European countries have already instituted testing system to assess the life standard of the beneficiaries; clearly this system could play a greater role in Africa and Asia than in Latin America. In addition , the results that can be reasonably achieved will vary , depending on context and design features such as the age range covered by the program”<sup>14</sup>.

The identification and selection of beneficiaries can occur at one or more levels . Targeting can be done by both geographically and also by socioeconomic level of individuals or households . Sometimes the programs are implemented through the identification and selection of regions -municipalities and disadvantaged communes- and the way to reach them is by self-selection (opened a enrollment office, the program covers all of who applied for the benefit). In other cases a second level of identification and selection of households or individuals is used, and the benefits are allocated to those who meet eligibility requirements ( for example, your estimated income is below a certain amount of money) .

Needless is to say that in the implementation of any of the levels of identification and selection of beneficiaries named you can make errors of inclusion and exclusion. Actually it is possible to recognize three different types of error: error for inclusion, error for exclusion and insufficient coverage.

The first occurs when in the process of choosing the beneficiaries some families that actually do not need it, are allowed to receive the transfer (ie. the inclusion of non-poor people who have been included as beneficiaries), the error of exclusion occurs when, for example, a home applies to join the program but is not selected because it is considered not poor, and, thirdly, there is insufficient coverage when the program does not cover an entire target population and that can happen for several reasons: lack of budget, because households do not know the program because (which is lack of publicity) or do not know they are eligible

14 Fiszbein, A., Schady, N., Ferreira, F., Grosh, M., Kelleher, N., Olinto, P.; Skoufias, E. (2014). Conditional cash transfers reducing present and future poverty, World Bank, pp. 86 and 87.

to apply or because they choose not to participate, among other reasons<sup>15</sup>.

#### 4. SOCIAL AND ECONOMIC EFFECTS OF CCT IN RECESSIONARY ECONOMIES.

Recession, crisis and in general drop in economic growth, had provided fertile ground for the resurgence of this kind of conditional social benefits, above all, in those countries economically less competitive and which carry a bigger debt burden: developing countries.

CCT, as a redistributive budgetary allocation tool, has been widely used in order to ensure an efficient way to channel public resources to low-income sectors.

It is worth noting the tight control that this instrument has been subjected to -in terms of research and studies-; primary focused on assessing the social impact they have had, if any being their main objective to analyse its particular value, in economic terms, for battling social marginalization<sup>16</sup>.

As long as growth is concerned, CCT measures have been proven over and over to be efficient initiatives to boost the overall consumption in any given economy<sup>17</sup>. They are nothing but a clear example of counter-cyclical policies that governments put into place, trying to increase spending -aggregate demand- in sectors that otherwise would not -or at least no as much- take part in the household consumption expenditure.

In the quest for economic equity -being understood as a fairer economy in the sense of contributing to the development of the society as a whole, and not just a part of it<sup>18</sup>, CCTs are the traditional Keynesian recipe; transferring money flows from the wealthy portion of the society to the poorest part in order to tackle poverty while encouraging domestic economic activity and consumption.

It has been well noted that the payee of these programs, mostly low income workers or unemployment-population, tend to devote the vast majority of their subsidy to purchase good in the domestic economy rather than saving it, which within the Keynesian logic, has a “multiplier effect” in the economy boosting consumption and consequently investments<sup>19</sup>.

In other words, pocket money provided for the government through CCTs, not only helps a mother to buy a school smock for her kids, but correspondingly it also helps to increase the sales of the company that produce them, thus, you get a rise in expenditure -produced by an expansion of the circulating money- that pulls the real economy up by its bootstraps and generates even more demand -suppliers for instance-.

Most of Latin American countries; have adopted protectionist measures in the wake of the 2008 international crisis, cutting tax rates and providing social programs (ECLAC) -which resulted in more money in the hands of people who didn't use to have saving capacity-, thereby lifting consumption. All of which, has led to a significant inflationist tension; deteriorating the money function as a store of value and generating even more eager to consume, which naturally generates an upward trend in prices.

Many countries had succeeded in reducing poverty and inequality and had improved social development indicators through conditional cash transfers programmes. In Brazil, for example, these programs have re-

15 We recommend to the work of Benedetti, Faraj, Ibararán and Villa (2014) to dig deeper into targeting methods and error estimation.

16 Rawlings, L. and Rubio, G. (2003). Evaluating the Impact of Conditional Cash Transfer Programs: Lessons from Latin America. World Bank Policy Research Working, Paper 3119.

17 Macours, Karen, Patrick Premand, and Reno Vakis (2011). “Transfers, Diversification and Household Risk Strategies: Experimental Evidence with Lessons for Climate Change Adaptation.” Working Paper, Paris School of Economics.

18 Coraggio, J. L. (2002). La economía social como vía para el desarrollo social, Red de Políticas Social Urbared, UNESCO. <http://www.redetis.org.ar/media/document/economiasocialcoraggio.pdf>

19 Fiszbein, A., Schady, N., Ferreira, F., Grosh, M., Kelleher, N., Olinto, P.; Skoufias, E. (2014). Conditional cash transfers reducing present and future poverty, World Bank.

ceived much attention in recent years. Also, these programmes have contributed to improving the economic development and the material living conditions of the beneficiaries. Nevertheless, CCT's were not effective in reducing the number of poor and extreme poor, because Brazil's Governments need to review the criteria used to identify them<sup>20</sup>. In consequence, it should be consistent with the daily monetary amount established by the UN to human survival.

As noted by World Bank in 2014<sup>21</sup>, in general terms, CCTs have led to increase consumption in low-income families. As a result of that, in some cases, conditional transfers succeeded in reducing poverty among their beneficiaries; particularly when the amount of money provided was generous, well-targeted and structured so as not to discourage beneficiaries from finding, on their own, other ways to overcome their precarious situation.

So, the main idea behind CCTs –as a countercyclical measure when applied as such- is that: by empowering people economically; the vulnerable sectors targeted by these measures had more disposable income and consequently domestic expenditure soared. However, in countries such as Colombia, it has been proven that the desirable consumption-incentive effect, could be more subtle than expected. Partly because the new influx of money –which is actually taken from the public treasure and re directed to poor families-, in some cases only makes up for the loss of income from those illegal activities which had to be stopped so as to entitle the family for the benefit (for example child labor) and secondly because often a big part of that liquid money is allocated to debt payments –financial consumption that does not reflect on the real economy of goods- or in the case of those beneficiaries who have a better economic situation it is just saved. One might argue here –and probably would be right-, that those who reveal a saving capacity should not be entitled for the benefit in the first place.

But it is not only the increase in the consumption what matters, but also the “composition of this consumption”<sup>22</sup>. There is evidence that households receiving CCTs, tend to spend most of it on food; and above all on those that have best nutritional quality from the basic basket of food than those who have a similar income but do not get the benefit<sup>23</sup>.

Following the same idea, it is noteworthy the benefits CCTs have, in terms of access to the formal educational system, in most of the cases, public schools. As the World Bank itself says; “In all countries, school enrollments has increased among the CCT's beneficiaries, especially in the case of poor children whose enrollment rates were lowest before these programs put into force”. In countries like Bangladesh, Pakistan and Turkey where girls school enrollment were lower than their male counterparts, CCTs have helped to reduce the gender gap.

Same effects are replicated in the use of public preventive health system, in those countries that actually have it<sup>24</sup>. As a Lisa Fernald and colleagues' research concluded by analyzing the effects of Mexico's “Oportunidades Program” on the long-run; “CCT are effective means in order to increase the usage of health services and so as to improve the indicators of the overall nutritional status in children”<sup>25</sup>.

20 Rocha, M., Fontes, R., Mattos, L. and Cirino, J. (2014): Programas sociais brasileiros e sua relação com a pobreza, a desigualdade e o desenvolvimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol.4 n° 1, pp. 138 – 153.

21 Fiszbein, A., Schady, N., Ferreira, F., Grosh, M., Kelleher, N., Olinto, P.; Skoufias, E. (2014). Conditional cash transfers reducing present and future poverty, World Bank.

22 Attanasio, O. y Mesnard, A. (2005). The Impact of a conditional cash transfer programme on consumption in Colombia, IFS, p.17.

23 Fiszbein, A., Schady, N., Ferreira, F., Grosh, M., Kelleher, N., Olinto, P.; Skoufias, E. (2014). Conditional cash transfers reducing present and future poverty, World Bank.

24 Jones, N; Samuels, F; Gisby, L and Presler-Marshall, E. (2011). Rethinking cash transfers to promote maternal health: good practice from developing countries, ODI, p. 2; Huntington, D. (2010). The impact of conditional cash transfers on health outcomes and the use of health services in low- and middle-income countries. The WHO Reproductive Health Library; Geneva: World Health Organization.

25 Fernald, L., Gertler, P. and Neufeld, L. (2008). Role of cash in conditional cash transfer programmes for child health, growth, and development: an analysis of Mexico's Oportunidades, *Lancet*, p. 36.

## 5. THE SITUATION IN ARGENTINA.

Particularly in the case of Argentina, CCTs programs first showing date back to 1996 with the implementation of “Plan Trabajar” (“Working Program”). Back in 2001, in the wake of one of the worst financial crisis Argentina had ever faced, the program was set to reach even more people by broaden the scope of beneficiaries and becoming from that point on “Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados” (“Head of unemployed households program”). Originally it gave a fixed amount of money (150 \$ which back then was roughly the equivalent of 50 US\$) to nearly two million unemployed people, and at its height –in 2003- it got to transfer 3.052 million pesos or 1 billion dollars<sup>26</sup>.

Since 2004 a number of programs were lunched in the hope of taking on the at-the-time high unemployed population in the country. Among them were “Plan Familias”, “Plan Manos a la Obra” and “Plan de Seguros, Capacitacion y Empleo”. Former “Plan Trabajar” recipients –which was in process of disintegration- made up most of the universe of beneficiaries of those brand-new programs.

What stood out of these new measures, was that in order to get the money those who were entitled to, had to fulfill some requirements, among which were to perform some kind of public work –certain amount of hours per week- or attend training programs which hopefully would give them means to ultimately get an actual job. That’s why these incentives were also called plans of “co-responsibility”.

During the course of 2009; two new programs were put into force under the direct supervision of the “Ministry of Social Development” and the “National Social Security Administration”; first was the “Programa Ingreso Social con Trabajo”, and then the “Asignacion Universal por Hijo para la Proteccion Social”.

“Argentina Works” –so was it called-, which emerged in 2009, had among its goals guarantee social inclusion by means of work, training from a holistic prospective and the promotion of social cooperation. Its main target was households with no income from either work nor pension, retirement or any other social program.

The implementation financed by federal funds, was carried out through a complex articulation between local government (though different departments that perform public services) and the beneficiaries who were organized in cooperatives of 60 people. This method of distribution aims to fulfill one of the pillars of the program; an actual work activity in a municipal office as a condition required so as to get the social benefit; which accounted for a sum of \$ 1 200 (US\$ 150) that was deposited monthly in an individual and personal bank account created for this purpose and with a specific taxation framework.

Following three years of implementation; the benefit raised by introducing two new payments made by the government, one was a “Plus” for good performance and productivity \$ 300 ( us\$ 35) and another awarding attendance –the so-called “presenteeism”, when people who are ill and distracted show up for work- for \$ 250 (US\$ 30).

The social intervention of this program is boosted by a wide range of educational and health components. As a part of the participation in the program, beneficiaries not just receive money but also may choose to access to some kind of educational facility in order to study primary or secondary school or enroll in a training course for a specific trade or job; and participate in conferences on prevention and promotion of good helath. These are pre-conditions, admission criteria or monetary conditionalities set and required by the program.

However, the inciative that had the greatest impact in terms of CCTs in Argentina was the “Assignment Universal por Hijo” (Universal child care benefit); implemented by the executive action PEN 1602/9, in october, 2009. The plan began to be implemented during the fist quarter of 2010 with the main objective

26 Cogliandro, G. (2010). El programa Asignación Universal por Hijo y los cambios en los programas de transferencias condicionadas. Fundación Siena, pp. 4 – 7.

being to compensate and improve the income in those families whose parents were working under the table or simply were not adequately registered so that they were not entitled to any kind of child assistance provided by the government (Argentine Ministry of Economy, official page).

This benefit; as many other similar measures implemented in the continent during those years, were focused on protecting children in need who belong to poor households, providing a new influx of money to their parents so as to help them to afford all the costs that raising their kinds pose.

In mid-april 2011, the creation of “Universal Pregnancy Care Benefit”; which was intended to reduce infant mortality, expanded the benefit to pregnant woman from the 12<sup>th</sup> week of gestation onwards as long as the they go through all pre-natal controls required by the government.

While its true that this new circulation of money generated as a result of the implementation of the program could actually generate tangible opportunities to reduce poverty and social exclusion, it is also important to highlight that if used discretionary, could result in deepening the gap of inequality. That is why the criteria used to grant the benefit -deciding who is going to be entitled to get the money- become such an important issue. Those criteria often laid out following moral judgments and government evaluations are worth analyzing.

As long as the selection of beneficiaries remain constrained to those in situation of chronic poverty, it is unlikely that the increased coverage could become a problem. Structural poverty varies little over time and required long-term interventions. The long term goal of CCTs is to ensure that children of beneficiary households get an educational level which allows them to make their way out of poverty; thus getting rid of the need for the next generation to receive social assistance. Under this logic, entitled households would “graduate” from the program when their children get their high school degree and have a decent job.

In Argentina, as in other countries in the continent, we can say that there is some kind of paradox which goes as follow: nobody would argue the importance this programs have in national quantitative terms; but the lack of coordination between the federal government and the local ones, result in qualitative regional issues which revealed as difficult to address. Hence, as we asses the effectiveness of this measure; we can easily appreciate an important reduction in poverty and indigence at a federal level, however, if we take a closer look at a local level we can also glimpse a huge disparity among the regions make up the country.

Although Argentina has a large territory (roughly two hundred million eight thousand square kilometers), it is a distinctive feature of the country to have a high concentration of the overall population located in a reduced part of the territory, mainly for natural and human reasons. So much so, that 66.7 % of the country’s population lives in the provinces of Buenos Aires (39 %), Cordoba (8.2 %), Santa Fe (8 %), Mendoza (4.3 %) and in Autonomous City of Buenos Aires (7.2 %). The result being a couple of mayor cities highly populated in contrast to vast areas of the territory with really low population rates. For instance, while the City of Buenos Aires has a population density of 14.450,08 inhabitants per square kilometer, there are some provinces in which the density is under one person per square kilometer.

Going further in the analysis, needless is to say that access to formal education is another important variable with respect to the analysis of horizontal equality. It is one of the indicators that more clearly shows the contrast and imbalances among Argentine regions, from the most populated to medium or low density areas. In this regard, it is important to note that while in the Autonomous City of Buenos Aires (CABA) 82% of the population attended and completed the primary level; in three northern provinces such as Corrientes , Chaco and Misiones, the percentage drops to 56.1%, 53.6% and 51% respectively.

On the other hand , regarding the assistance to educational institutions between 15 and 17 years old, CABA redisplay the highest levels reaching 90.5 %, being only surpassed by Tierra del Fuego with 94.8 %. While in Santiago del Estero and Misiones, only 66.5% and 71.6 % respectively attend to school.

In this line, and if we bring all the argentine provinces into comparision, we can conclude that the average levels of completion of secondary are manifestly disparate but without a steep slope variance or

exception, being the main reason of that , as seen from the correlated analysis, the Asginacion Universal por Hijo -Universal Child Allowance-.

Precisely, one of the greatest social gains driven by the federal government is the program called “Universal Child Allowance” , which is an actual right granted by the government children of unemployed parents or parents working in the informal economy who do not make enough money to meet their basic need determined by the social minimum wage.

It also apply for children of social monotributistas , domestic workers , seasonal workers during the period of reserve position or perceive any of the following plans: Argentina Trabaja, Manos a la Obra, Ellas Hacen, Programa de Trabajo Autogestionado, Jóvenes con más y mejor trabajo, Programa Promover la Igualdad de Oportunidades y Seguro de Capacitación y Empleo.

The payment of the Universal Child Allowance requires annual accreditation of schooling enrollment and health checks for children. It is paid to people under 18 years old to a maximum of 5 children per family, giving priority to disabled children and the youngest . It is paid to one parent giving priority to the mother of the beneficiaries .

This is a game-changer program in the government action aimed to solve the problem of youth empowerment and class differences betting heavily to achieve a more just and egalitarian society. This aims to generate ideal conditions to break one of the main mechanisms of intergenerational transmission of poverty. However, without detracting from the important progress that this program represents , there are at least two issues to be re-considered or re-discussed to ultimate address the unequally response to exogenous variables such as the place of origin or habitability:

The first has to do with the focal axis, because it is focused on the recipients without taking into account neither the provision nor the quality of the service catered by the provider; it is indisputable that it is an important measure to alleviate the situation of vulnerability of children and adolescents and also to improve on the income of such households in every corner of the country. Now, we must work to not be limited solely to demand compliance and improvement; also quality / quantity of the supply is needed to be taken into account.

The key problem of inequality in education also lies in the quantity but especially in the quality of it. If there is not enough investment in the public system of education, which is the only one that can narrow the gap between rich and poor, the effort will always be insufficient, above all considering that this is a federal program addressing a problem that, according to the argentine constitution, belongs to the provinces (although the Nation collaborates with specific programs, primary and secondary education is decentralized to subnational governments, being they the responsible for finding funding).

This, coupled with the fact that the easiness of access to public educational institutions varies depending where one lives (village, town, municipality, province, region) and infrastructure available, thus the quality of service delivered is fundamentally uneven and changes according to the place where we put the focus on; it is not the same in rich regions than in poor ones, so the actual possibility for the people to take advantage of the educational resources provided by the government is unequal depending upon the place where one lives. This is not just about giving an opportunity, but also giving opportunities to the opportunity, which means nothing but working hard and in a coordinated manner to boost and size the endogenous capacities of the public and private institutions that provide the service.

The second issue, invites us to an even deeper reflection, and related to an analysis that although we will not develop in this point, believe is worth noting. Behind the criticism of redistribution that these plans tend to generate among the population and others undercover in concepts of freedom of choice, economic self-determination, federalism and competitiveness; it also common to hear cowardly voices mainly from discriminatory groups which instead of thinking about strengthen the system, advocate an alleged respon-

sibility for the poor to overcome their current condition as though they had had the chance, and would have deliberately rejected.

Moreover, this responsibility can transcend the household level and be regarded as an element of social or cultural setback that holds the country growth back, since poverty would be seen as an obstacle to such goal. Under this logic, poor people would end up being responsible for their condition, and for the lack of growth.

## 6. FINAL CONSIDERATIONS

CCTs have resulted in significant reductions in poverty rates among beneficiaries, especially when the amount of money provided was enough to meet the basic needs, well targeted and structured in a way that does not discourage recipients from carrying out other individual actions to make their way out of poverty.

The system as such, requires not only of a proactive government committed to collect all the tax resources needed to pay the benefits that grants, but also of government that provide all the necessary accessories to ensure that the conditional services are provided in a proper manner<sup>27</sup>.

There is no point in requiring beneficiaries to complete the vaccination calendar, if once they go to the clinic to do so, end up finding out that there are no vaccine available or that they have been exhausted.

The fundamental weakness that threatens this kind of program is the –often in Latin-American- low quality of the services whose observance is required for the beneficiaries to get the money. For instance poor educational structure or low quality health services result in nothing but a scant improvement of beneficiaries' life status.

It is no doubt that in order to be effective, CCTs must be implemented in the context of a smart and well planned policy, well targeted –avoiding what otherwise would be a waste of public resources-, placing enough investments in order to ensure a public infrastructure enough for the services to be provided adequately and as a corollary, making sure that measure itself is always regarded as temporary; ultimately aimed at eradicating poverty.

This state-owned infrastructure required, or as we called -“surrounding public structure“- understood as the governmental framework surrounding the provision itself giving material support to the conditionality is vital for the programs to succeed, and raises the necessity to discuss a broader vision where all the political measures required are taken, the money needed is allocated, the infrastructure built and all this in the context of coordination between the local and federal government in all the parts of the decision making process.

A clear example of a failure in the state structure than ended up threatening and eroding the ultimate goals of the CCTs, is what happened in Brazil during the decade of 1990-2000 with two twins programs, which shared similar goals, but due to the disparate implementation, reached substantially different results.

The only federal CCT program in place by the end of the nineties in Brazil was the “ Program for the Eradication of Child Labor “ ( PETI ), which coexisted with a program administered at a local level called “Bolsa Escola” (BE).

The aim of the first one was, as its name implies, to reduce child labor especially in those activities that posed a danger to health; which was to be achieved through an increase in school attendance of these children in early labor exploitation condition .

27 Strapasson, K. and Pamplona, D. (2014): A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil, Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol.4 n° 2, pp. 61 – 63.

Meanwhile, the goal of “Bolsa Escola” was more limited in the sense since it only recognised as the ultimate goal to maximize school enrollment.

Regarding this case, Fábio Veras Soares pointed out the following paradox<sup>28</sup>: although both programs proved to be successful in their objectives to increase students in classrooms, only PETI had a particular additional effect of educating child labor<sup>29</sup>.

The question that arises here is: why Bolsa Escola, unlike PETI, did not have as a side effect reducing child labor, even when both of them increased enrollment and attendance?

A distinctive feature of PETI was that besides the money for the benefit it provided resources to the participating municipalities that were set to be devoted to offer extra- curricular subjects in order to keep the kids busy in classrooms throughout the day, neutralising the possibility of them to be used as work force.

Since these extra curricular activities were widely used by students , child labor declined markedly, side effect that was not seen in Bolsa Escola that lacked such transfers.

All this clearly shows that in order to lay out a successful conditional monetary benefit, the analysis can not pivot only on the amount of money given through benefit, but also a overall comprehensive review should be directed at finding means to reinforce the surrounding state structure that ensures the effectiveness of the conditionality's and serves as a basis for empowering beneficiaries, while working as a hotbed of social practices sought after.

It must be demystified this idea that public social security expenditure only helps those who are entitled to the benefit. The object of this work has not been nothing but to demonstrate that the whole society benefits from them. Not only for the economic development boosted by them but also from the perspective of social inclusion generated, these last two concepts being often reluctant to share the same reality.

The results probably wouldn't be as fortunate if these programmes are seriously evaluated. In order to defend its own actions, Governments prefer to carry on them without making a serious evaluation. In conclusion, there has been innovation in social policy and considerable resources have been devoted to this end. In spite of this, in those cases where the evaluation showed that programmes do not reach the expected results, relevant measures were not taken at all.

The programmes that have appear in the last 15 years, emerge in order to fight against poverty, and no longer in other social policy dimension, such as education or health. It is important to point out that transferring resources through CCTs is simply not enough to overcome poverty. On the contrary, an essential requirement is to provide poor people with the abilities and skills in order to be part of economic and social life.

## BIBLIOGRAPHY

Albino, A. (2010), *Gobernar es poblar*, edición Logos, Buenos Aires.

Amorim, R. and Chagas, L. (2014). A construção de novas políticas sociais: o caso de mato Grosso do Sul. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, pp. 114 – 136.

Attanasio, O. y Mesnard, A. (2005). The Impact of a conditional cash transfer programme on consumption in Colombia, IFS. [www.ifs.org.uk/edepo/rs\\_fam02.pdf](http://www.ifs.org.uk/edepo/rs_fam02.pdf)

28 Soares, F. (2004). Conditional Cash Transfers. A Vaccine against Poverty and Inequality? IPC-IG collections of One Pagers. International Policy Centre of Inclusive Growth.

29 Cardoso, E and Souza. (2004). The impact of Cash Transfers on Child Labor and School Attendance in Brazil. Mimeo.

Cardoso, E and Souza. (2004). The impact of Cash Transfers on Child Labor and School Attendance in Brazil. Mimeo.

Cecchini, S (2009). Do CCT Programmes work in low-income countries? International Policy Centre for Inclusive Growth, United Nations Development Programme.

Cecchini, S., & Martínez, R. (2011). Protección social inclusiva en América Latina: una mirada integral, un enfoque de derechos. ECLAC. <http://www.cepal.org/es/publicaciones/2593-proteccion-social-inclusiva-america-latina-mirada-integral-un-enfoque-derechos>

Cecchini, S. et. al. (2015). Instrumentos de protección social: caminos latinoamericanos hacia la universalización, ECLAC, N° 136 (LC/G.2644-P).

Cogliandro, G. (2010). El programa Asignación Universal por Hijo y los cambios en los programas de transferencias condicionadas. Fundación Siena.

Coraggio, J. L. (2002). La economía social como vía para el desarrollo social, Red de Políticas Social Urbared, UNESCO, <http://www.redetis.org.ar/media/document/economiasocialcoraggio.pdf>

Cruces, G, Gasparini, L. (2010) Los determinantes de los cambios en la desigualdad de ingresos en Argentina. Evidencia y temas pendientes Serie de Documentos de Trabajo sobre Políticas Sociales N° 5.

De Ferranti, D., Perry, G., Ferrera, F. y Walton, M. (2004): Desigualdad en América Latina. ¿Rompiendo con la historia?, Banco Mundial- Alfaomega.

Fernald, L., Gertler, P. and Neufeld, L. (2008). Role of cash in conditional cash transfer programmes for child health, growth, and development: an analysis of Mexico's Oportunidades, *Lancet* 327:828-37.

Fiszbein, A., Schady, N., Ferreira, F., Grosh, M., Kelleher, N., Olinto, P.; Skoufias, E. (2014). Conditional cash transfers reducing present and future poverty, World Bank.

Huntington, D. (2010). The impact of conditional cash transfers on health outcomes and the use of health services in low- and middle-income countries. The WHO Reproductive Health Library; Geneva: World Health Organization.

Jones, N; Samuels, F; Gisby, L and Presler-Marshall, E. (2011). Rethinking cash transfers to promote maternal health: good practice from developing countries, ODI. [http://www.academia.edu/6566089/Rethinking\\_cash\\_transfers\\_to\\_promote\\_maternal\\_health\\_good\\_practice\\_from\\_developing\\_countries](http://www.academia.edu/6566089/Rethinking_cash_transfers_to_promote_maternal_health_good_practice_from_developing_countries)

Macours, Karen, Patrick Premand, and Reno Vakis (2011). "Transfers, Diversification and Household Risk Strategies: Experimental Evidence with Lessons for Climate Change Adaptation." Working Paper, Paris School of Economics.

Manos Unidas (2013). Derechos Humanos para construir Igualdad, Boletín 192, <http://www.manosunidas.org/sites/default/files/boletin192.pdf>

Oszlak, O. (2010). "Formación histórica del Estado en América Latina. Elementos teórico-metodológicos para su estudio", en: Acuña, C., *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer, para fortalecer el actual*, ed. Brujas: Buenos Aires, primera edición, pp. 115 – 142.

Rawlings, L. and Rubio, G. (2003). Evaluating the Impact of Conditional Cash Transfer Programs: Lessons from Latin America. World Bank Policy Research Working, Paper 3119.

Rocha, M., Fontes, R., Mattos, L. and Cirino, J. (2014): Programas sociais brasileiros e sua relação com a pobreza, a desigualdade e o desenvolvimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol.4 n° 1, pp. 138 – 153.

- Soares, F. (2004). Conditional Cash Transfers. A Vaccine against Poverty and Inequality? IPC-IG collections of One Pagers. International Policy Centre of Inclusive Growth.
- Soares, S. and Pianto, D.M. (2003). Use of Survey Design for the evaluation of Social Programmers: The PNAD and the Program for the Eradication of Child Labor in Brazil. University of Illinois.
- Susmel, N. (2012), Argentina: Pobreza, desigualdad de oportunidades y políticas públicas en América Latina, Konrad – Adenauer - Stiftung.
- Stampini, M. y Tornarolli, L. (2012). The growth of conditional cash transfers in Latin America and the Caribbean: did they go too far? IDB. <http://ftp.iza.org/pp49.pdf>
- Strapasson, K. and Pamplona, D. (2014): A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil, Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol.4 n° 2, pp. 46 – 64.
- Tejerina, L. and Pizano, V. (2016): Programas de Transferencias Monetarias Condicionadas e Inclusión Financiera, BID, technical note n° IDB-TN-1140. <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7958/Programas-de-Transferencias-Monetarias-Condicionadas-e-Inclusion-Financiera.pdf?sequence=4>
- Veras Soares, F. y Britto, T. (2007) Growing Pains: Key Challenges for New Conditional Cash Transfer Programmes in Latin America, IPC-IG collection of One Pagers, International Policy Centre for Inclusive Growth.
- Weller, J. y Miranda, G. (2014). Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Los programas de transferencias condicionadas y el mercado laboral. Número 10. CEPAL/OIT.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A contradição entre a regulamentação existente e a complexidade dos fatos reais no caso das drogas para doenças negligenciadas**

**The contradiction between the existing regulation and the complexity of real facts concerning the drugs for neglected diseases**

Marcos Vinício Chein Feres

Lorena Abbas da Silva

Pedro Henrique Oliveira Cuco

Alan Rossi Silva

# A contradição entre a regulamentação existente e a complexidade dos fatos reais no caso das drogas para doenças negligenciadas\*

## The contradiction between the existing regulation and the complexity of real facts concerning the drugs for neglected diseases

Marcos Vinício Chein Feres\*\*

Lorena Abbas da Silva\*\*\*

Pedro Henrique Oliveira Cuco\*\*\*\*

Alan Rossi Silva\*\*\*\*\*

### RESUMO

Este artigo visa à análise empírica do impacto da Resolução nº 80/2013 do INPI na complexidade do caso real das doenças negligenciadas. Utiliza-se como substrato teórico as ideias de Bankowski, especialmente no que tange à relação entre o universalismo normativo e a legalidade. Valendo-se das regras de inferência, analisam-se os dados dos depósitos relacionados às doenças negligenciadas extraídos da base do INPI de sorte a verificar se houve uma aceleração no processo de análise dos pedidos e se isso pode influenciar no contexto das patentes ligadas às doenças negligenciadas. Nesse contexto, podem-se inferir alguns dos possíveis efeitos da normativa na questão das doenças negligenciadas. Enfim, por mais básica que esta pesquisa empírica possa parecer à primeira vista, ela representa uma mudança no paradigma tradicional de análise dos processos jurídicos de registro de patentes e os reais reflexos das ações administrativas e jurídicas sobre a realidade da produção de medicamentos para doenças negligenciadas.

**Palavras-chave:** Legalidade. Doenças negligenciadas. Patente. INPI

### ABSTRACT

This article intends to empirically analyze the normative act n. 80/2013 enacted by INPI (Brazilian Industrial Property Rights Institute) taking into account the complexity of the case of drugs for neglected diseases. Bankowski's ideas, such as, the concept of legality and its relationship with the normative universalism, are utilized as theoretical instruments for the empirical analysis. Considering the rules of inferences developed by Epstein and King, data concerning patent requests related to neglected diseases are extracted from the INPI database so as to verify if a fast-track procedure normatively conceived has been implemented and has also incremented the

\* Recebido em 24/08/2016

Aprovado em 04/11/2016

\*\* Doutor em Direito Econômico. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Pesquisador de Produtividade PQ2/ Bolsista do CNPq. E-mail: mvchein@gmail.com.

\*\*\* Graduada em Direito pela UFJF. Bolsista de Iniciação Científica pela FAPEMIG/PROBIC. E-mail: lorena.abbas@hotmail.com.

\*\*\*\* Graduando em Direito pela UFJF. Bolsista de Iniciação Científica pela FAPEMIG/PROBIC. E-mail: phocuco@gmail.com.

\*\*\*\*\* Graduando em Direito pela UFJF. Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq/PIBIC. E-mail: alanrossi100@gmail.com

number of patent requests related to neglected diseases. In this vein, it was possible to deduce some relevant effects on the case of neglected disease after the normative act. Finally, however basic this empirical research may seem at first sight, it represents a shift in the traditional paradigm of the analysis of patent requests and the effects of administrative and juridical actions in the production of drugs for neglected diseases.

**Keywords:** Legality. Neglected diseases. Patent. INPI

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o de analisar empiricamente a Resolução nº 80/2013 do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), que “disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública”<sup>1</sup>, especialmente no que se refere aos seus impactos no contexto das patentes de produtos para as doenças negligenciadas.

As doenças negligenciadas são aquelas típicas de populações pobres, que não despertam interesse econômico das indústrias farmacêuticas e não recebem políticas públicas por parte dos governos. Dessa combinação, resulta uma falha institucional que acaba por comprometer o desenvolvimento de fármacos para essas doenças.

Parte-se do pressuposto de que a Resolução nº 80/2013 do INPI<sup>2</sup>, apesar de não ter como objetivo estimular a pesquisa e o desenvolvimento de produtos para as doenças negligenciadas visa a corrigir um contexto de atrasos na análise e concessão do direito à patente por parte do INPI. De fato, são necessárias medidas auxiliares para se estimular a produtividade no âmbito dos produtos com vistas a objetivos de saúde pública. Diante disso, considerando a noção de viver plenamente a lei, de Zenon Bankowski, afirma-se que a Resolução nº 80/2013<sup>3</sup>, apesar da insuficiência dessa normativa para solucionar o amplo espectro de problemas das doenças negligenciadas, produz efeitos de ruptura com o universalismo legalista do sistema jurídico de patentes, ao distinguir, dentre os casos prioritários de saúde pública, aqueles referentes às doenças negligenciadas e, assim, concede-lhes o exame prioritário.

A partir da sistematização e interpretação de dados coletados na base do INPI, verificam-se os efeitos causados pela Resolução nº 80/2013<sup>4</sup> no processo de análise e concessão do direito à patente para os produtos ligados às doenças negligenciadas, não se atendo às análises de eficiência, eficácia e efetividade, mas sim à interação da normativa com o contexto no qual fora concebida (contingência).

Neste trabalho é utilizada a Teoria de Bankowski<sup>5</sup> que busca a compreensão da relação existente entre o direito e o amor, visando, pois, equiparar o desequilíbrio decorrente da interação entre a atitude normativista

1 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

2 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

3 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

4 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

5 BANKOWSKI, Z. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

do legalismo e a contingência amorosa nas decisões institucionais. Ao transcender esse aparente antagonismo na busca de uma zona intermediária, Bankowski apresenta a conduta virtuosa de se viver plenamente a lei (“living lawfully”), encontrando na legalidade o equilíbrio da tensão entre dever e aspiração.

No primeiro item, trata-se da elucidação do marco teórico utilizado para coletar, tabular e analisar os dados referentes ao banco de patentes do INPI. No segundo, passa-se a uma descrição circunstanciada da metodologia empírica aplicada ao estudo da normativa a partir do referencial teórico adotado. No terceiro item, cuida-se de analisar os dados já tabulados e promover o processo de inferências, de acordo com a questão de pesquisa e a hipótese de trabalho. Por fim, conclui-se no sentido de demonstrar o efeito da normativa no caso dos produtos para doenças negligenciadas.

## 2. MARCO TEÓRICO

O substrato teórico adotado para se enfrentar a questão apresentada neste trabalho tem como ponto de partida as reflexões de Zenon Bankowski<sup>6</sup>, sobretudo, no que se refere à relação existente entre o amor e o Direito. Segundo o autor, essas duas dimensões tradicionalmente vêm sendo postas em uma oposição binária, funcionando por vias de uma lógica excludente, a qual simplifica seus significados e não considera as diversas possibilidades interativas entre aquelas.

Durante muito tempo, o resultado dessa contraposição tem sido uma concentração exagerada na importância do Direito, que passou a representar uma força restritiva e civilizadora necessária para estancar os efeitos do amor. Esse último, por sua vez, restou vinculado, pejorativamente, ao que há de contingente e passional na natureza humana. Passa, assim, a ser compreendido como uma força destabilizadora que merece ser contida, em prol de uma sociedade, cada vez mais, racional e justa. Além disso, não são raras as circunstâncias em que se encontra referência ao amor como sendo algo totalmente alheio às discussões jurídicas, pertencendo, exclusivamente, a contextos de conotação sensual ou piegas.

Nesse sentido, Bankowski<sup>7</sup> estrutura sua contribuição, basicamente, em uma tentativa de superar a polaridade apresentada, com o intuito de assumir a relação complementar existente entre o amor e o Direito, evitando simplificações da realidade. As duas esferas, portanto, passariam a representar algo novo e mais adequado à complexidade do mundo real. No campo das doenças negligenciadas, esse binarismo coloca a legislação patentária em xeque ou força a obediência cega às regras de propriedade intelectual. O estudo dessa regulamentação infra legal é uma tentativa de explorar as possíveis interações entre o amor e o direito.

Assim, em linhas gerais, o autor denominou a atitude normativista, concentrada prevalentemente na importância do Direito e manifestada por meio do rígido cumprimento de regras, como legalismo. E, ademais, qualificou de legalidade a zona intermediária alcançada na superação da contradição excludente atribuída à relação entre o amor e o Direito, quando ambos passam a ser considerados em sua plenitude. A legalidade é proposta como uma correção do desequilíbrio apontado, sem que haja desconsideração da importância do legalismo para a sociedade e, tampouco, do perigo representado pelo amor. Logo, esta é uma posição consciente dos riscos tanto da conduta legalista, quanto da conduta exclusivamente amorosa. Essa legalidade poderia ser, pois, a conduta mais adequada para se interpretar o arcabouço jurídico existente em torno do caso das doenças negligenciadas, fruto da conjugação da legislação internacional, dos princípios constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro e das demais regulamentações que dão forma a essas aspirações principiológicas. Afinal, se se considera o direito à saúde como valor a ser buscado não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade e pelo mercado, não se pode aplicar ao desenvolvimento de produtos para as doenças negligenciadas o mesmo tratamento que as regras de propriedade intelectual impõem

6 BANKOWSKI, Z. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

7 BANKOWSKI, Z. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

às demais áreas de inovação, atentando-se devidamente para as complexidades existentes nesse caso, sem perdê-lo na universalidade do sistema jurídico de patentes.

Com efeito, é necessário destacar que a legalidade não necessita ser curada do legalismo, sendo desaconselhável, contudo, que se confie em demasia na plasticidade da vida representada por regras heterônomas, mesmo que elas prometam alcançar um nível de certeza reconfortante ao convívio em sociedade. A zona intermediária entre o amor e o Direito não se trata de um “meio termo” existente entre duas forças antagônicas. A legalidade seria mais bem apresentada como uma tensão permanente entre a necessidade de certeza e a necessidade de se romper criativamente com a regra posta, ambas cruciais na empreitada de se viver plenamente o Direito (“*living lawfully*”).

Com base nesses conceitos, apreende-se que, ao se elaborarem ou se aplicarem determinadas regras, é necessário reconhecer que estas possuem uma aspiração a qual deve interagir com os deveres imediatos dispostos literalmente em seu texto, sob o risco de haver uma desconexão entre determinada prática e o seu objetivo precípuo. Assim, a conduta legalista de se confundir os mínimos deveres do Direito com a legalidade levaria à compreensão de que todas as leis poderiam ser vistas meramente sob o prisma de uma moralidade do dever, sem que se observem as aspirações nelas contidas, como se fossem um fim em si mesmas. A Resolução nº 80/2013 do INPI<sup>8</sup> ganha relevância, nesse aspecto, pois passa a prover administrativamente uma omissão na legislação patentária, a qual trata sem distinções o desenvolvimento de produtos para quaisquer tipos de doenças.

Dessa maneira, Bankowski<sup>9</sup> chama a atenção para a importância em se diferenciar os seres humanos das máquinas, no que tange à aplicação – ou elaboração – das regras. Segundo ele, os seres humanos possuem uma habilidade adicional, já que estes, ao contrário das máquinas, não estariam restritos à repetição dos atos previamente estipulados (reação), podendo, também, corrigir sua aplicação conforme sentirem a necessidade (resposta). Para ilustrar esse ponto, ele utiliza uma analogia esclarecedora:

Uma linha de produção de robôs programada para pintar por jatos de tinta funcionaria perfeitamente até que uma forma que não estivesse no programa surgisse – nesse caso os robôs simplesmente continuariam a pulverizar, nos mesmos padrões. É nesse momento que poderíamos distinguir as máquinas dos seres humanos, porque veríamos a diferença<sup>10</sup>.

Assim, o ser humano responsável pela aplicação ou elaboração de determinada norma é capaz de pensar além dela, não estando restrito apenas a reagir mecanicamente à situação-problema. Nesse sentido, a virtude criativa dos seres humanos possibilita que eles se ajustem às situações particulares, sobretudo, quando as coisas vão mal por causa de seu comportamento mecânico, sem perturbar o funcionamento tranquilo do sistema jurídico como um todo. Essa virtude, segundo o autor, pode ser aprendida justamente através da repetição dos atos, que poderão ajudar o indivíduo a amar ou, por outro lado, engessá-lo em uma cadeia reativa.

Por conseguinte, de acordo com a concepção bankowskiana, determinar o que justifica uma norma não significa o mesmo que considerar se a norma poderia ser adequadamente aplicada ao caso particular. Assim sendo, o significado de uma regra deve ser compreendido como algo diferente de sua aplicação, sob o risco de os seres humanos agirem como computadores programados para seguir determinado comando, sem a devida compreensão e reflexão sobre a complexidade do caso concreto e os impactos de seus próprios atos na realidade em que estão imersos.

O argumento principal do autor gira em torno da necessidade de se ocupar uma “zona intermediária” na lacuna entre o significado e a aplicação da regra, mesmo que isso represente um risco constante de se acabar preso no universalismo do Direito ou na particularidade do caso concreto. Trata-se de um perigo inerente

8 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

9 BANKOWSKI, Z. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

10 BANKOWSKI, Z. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 146.

à própria tensão de se viver plenamente o Direito. O universalismo do Direito, no que tange à legislação patentária, não concede respostas satisfatórias para a questão das doenças negligenciadas, mas aquelas também poderiam ser alcançadas pela subversão dessa legislação no caso de doenças negligenciadas.

Para o autor, as regras tentam se apropriar dos fatos do mundo, submetendo-os à sua égide e, assim, negando as suas respectivas particularidades. Destarte, é necessário que se preste atenção à narrativa e que se deixe a particularidade indicar o caminho para além do sistema dedutivista posto, sem desconsiderá-lo. Trata-se de um incessante ir e vir para dentro e fora do sistema de regras, de forma a construir uma conexão permanente na prática do Direito, seja em sua elaboração seja em sua aplicação. É importante, pois, que os corpos sociais estranhos ao sistema de regras não sejam vistos como algo hostil a ele, mas sim como elementos valiosos que o tornarão cada vez mais completo.

Viver plenamente a lei, nesse contexto, significa não abandonar o particular a sua própria sorte em nome de um pretense sistema jurídico coeso e bem formatado. É, além disso, reconhecer a insuficiência normativa para a resolução dos problemas reais e estar disposto a romper criativamente com a regra estipulada genericamente, em uma articulação complexa entre dever, aspiração, Lei e amor. Desse modo, a resolução estudada pode ser considerada uma possibilidade de saída criativa para os entraves burocráticos a partir dos quais o INPI se articula como instituição competente para a proteção do conhecimento industrial.

A Resolução nº 80/2013 do INPI<sup>11</sup> cria a possibilidade de “priorização de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos” que pode ser solicitada pelo Ministério da Saúde, se se referir a políticas de assistência desse ministério e forem tais pedidos considerados estratégicos pelo Sistema Único de Saúde, ou por interessado, no caso de serem relacionados ao diagnóstico, profilaxia e tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, de Câncer ou doenças negligenciadas, conforme os artigos 1º, 3º e 5º dessa Resolução. Trata-se, portanto, de tentar corrigir um fator importante de desestímulo ao patenteamento de produtos no INPI, qual seja, a morosidade na análise dos requisitos de patenteabilidade, no campo de doenças que historicamente não despertam o interesse da indústria farmacêutica.

### 3. METODOLOGIA

#### 3.1. A pesquisa empírica em direito

A primeira afirmação desse trabalho em relação à metodologia utilizada é no sentido de assumir seu caráter empírico. De acordo com Epstein e King<sup>12</sup>, uma pesquisa empírica é aquela que se baseia em evidências extraídas do mundo através da observação ou da experiência. Essas evidências poderão ser quantitativas ou qualitativas, sem que exista hierarquia entre elas no que diz respeito à empiria. Em outras palavras, se uma pesquisa for baseada em dados da realidade, poderá ser definida como empírica.

No entanto, segundo os autores supracitados, não basta que uma pesquisa seja empírica para que se possa atestar sua qualidade, ou mesmo, sua relevância no âmbito científico. Afinal, a mera observação de dados não é, por si só, suficiente para que se encontrem resultados válidos e consistentes em uma empreitada verdadeiramente científica e comprometida com o contexto social na qual está inserida. É necessário, portanto, que o trabalho empírico esteja de acordo com alguns critérios importantes para a consistência de seus resultados, a saber, as regras de inferência.

11 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

12 EPSTEIN, L.; KING, G. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

Nesse sentido, a partir do entendimento de Epstein e King<sup>13</sup>, o conceito de inferência é utilizado como o processo de utilizar os fatos conhecidos para se aprender sobre fatos desconhecidos. E, embora se saiba que não é possível alcançar um grau absoluto de certeza por meio desse método científico, o presente trabalho se estrutura em função de inferências descritivas e causais, para melhor alcançar os objetivos pretendidos e, conseqüentemente, assumir-se devidamente como um empreendimento social. As inferências descritivas são aquelas em que, por meio de fenômenos conhecidos, são alcançados fenômenos desconhecidos sobre a realidade estudada. Já nas inferências causais, o pesquisador utiliza acontecimentos demarcados temporalmente para compreender as repercussões daqueles sobre os fenômenos subsequentes.

O presente estudo, por meio da conjugação dos dados obtidos na base do INPI, quais sejam, os depósitos de patentes para doenças negligenciadas e os exames prioritários eventualmente requeridos com base na Resolução nº 80/2013 do INPI<sup>14</sup> emitida pelo mesmo órgão, objetiva verificar o atual cenário dos depósitos de patentes para essas doenças e o possível impacto dessa resolução no sentido de acelerar o exame.

Como Epstein e King<sup>15</sup> ressaltam, o processo de coleta de dados deve ser informado integralmente como forma de preservar a confiabilidade e a validade da pesquisa, principalmente para que ela contribua para a literatura acadêmica, já que é um empreendimento social, com implicações importantes para o mundo, sejam normativas, políticas, econômicas ou sociais.

### 3.2. A coleta e emprego dos dados

O artigo 5º, parágrafo único da Resolução nº 80/2013 do INPI<sup>16</sup> dispõe sobre quais doenças são consideradas negligenciadas, com base em lista do Ministério da Saúde e da Organização Mundial da Saúde, e as relaciona em seu Anexo 1. Essas doenças são: Doença de Chagas, Dengue/Dengue hemorrágica, Esquistossomose, Hanseníase, Leishmanioses, Malária, Tuberculose, Úlcera de Buruli, Neurocisticercose, Equinococose, Boubá; Fasciolíase, Paragonimíase, Filariíase, Raiva e Helminthíases.

Na referida lista, ainda constam as denominadas “Manifestações decorrentes de intoxicações ou envenenamentos devido a animais venenosos e peçonhentos”, mas considerando-se as dificuldades de caracterizar, individualmente, cada uma dessas manifestações, optou-se por não abordá-las neste estudo.

Após seleção das referidas doenças, a página oficial na internet do INPI foi acessada (<http://www.inpi.gov.br/>) e os respectivos *links* do lado esquerdo da tela: “Serviços” - “Patentes” - “Busca”. Na página subsequente, o usuário pode optar por realizar o *login* ou pesquisar anonimamente. Ambas as opções redirecionam o usuário para a página “Consulta à Base de Dados do INPI”, que é a base de dados utilizada nesse trabalho.

Com o intuito de estabelecer um limite temporal razoável para a pesquisa, os depósitos coletados foram aqueles realizados a partir de 01 de janeiro de 2000 e publicados até dia 31 de maio de 2016 – quando foi editada a Revista de Propriedade Industrial (RPI) nº 2369 e realizada a última atualização da lista de cada doença.

Para cada doença o seguinte procedimento de busca foi realizado: selecionou-se as opções “Patente”, digitou-se o nome da doença no espaço em branco ao lado – conforme está escrito no Anexo 1 da Reso-

13 EPSTEIN, L.; KING, G. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

14 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

15 EPSTEIN, L.; KING, G. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

16 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

lução nº 80/2013<sup>17</sup> – e selecionou-se a opção “Título”. O procedimento foi realizado, também, trocando a última opção por “Resumo”, dada a possibilidade de um depósito conter o nome da doença somente no título e não no resumo, ou vice-versa. Para evitar que um depósito de uma mesma doença fosse computado mais de uma vez na Tabela I, após a coleta de todo o material no período desejado, uma lista unificada com o número desses depósitos e a respectiva data de depósito, foi criada. Assim, os depósitos em que, eventualmente, o nome da doença encontrava-se no título e no resumo foram computados apenas uma única vez.

A segunda etapa de pesquisa foi iniciada visando a coletar o número de exames prioritários requeridos. Ao digitar o nome da doença ou o número do pedido e encontrar o depósito correspondente da lista formulada, foi necessário clicar sobre o pedido e verificar os despachos publicados em sua respectiva página. O INPI realiza publicações semanais na Revista de Propriedade Industrial acerca dos atos, despachos e decisões relacionados às suas atividades, conforme prevê a Resolução nº 22/2013<sup>18</sup> do INPI. Nessa fase, procedeu-se à leitura dos despachos publicados para cada depósito presente nas listas, verificando a existência ou não de notificação de pedido de exame prioritário com base na Resolução nº 80/2013 do INPI, identificados pelo despacho nº 15.24 do INPI. Está previsto na referida resolução, em seus artigos 12 e 13, que a concessão e a negativa do requerimento de exame prioritário serão notificadas em publicação específica na RPI.

O número de requerimentos de exame prioritário de pedidos de patente realizados encontra-se na terceira coluna da Tabela I e os respectivos pedidos de patentes foram sistematizados na Tabela II. Para a construção da segunda tabela, foram coletados os dados acerca do número do pedido, a data do depósito e as publicações dos despachos referentes à notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente, concessão ou não do respectivo exame e eventual parecer técnico acerca da patenteabilidade do produto, de acordo com o INPI. É preciso destacar que, ao se construir a segunda tabela, constatou-se que o pedido de número PI 1106302-5 A2 se refere tanto à Doença de Chagas quanto à Leishmaniose, todavia ele foi inserido duas vezes na Tabela I, visto que os exames prioritários foram delimitados por doença.

É preciso esclarecer que, em regra, os depósitos não possuem entre si uma sequência coerente de despachos emitidos, pois podem existir decisões revistas por parte do INPI, como arquivamentos e desarquivamentos, a negativa de petição e a posterior anulação, as quais acarretam alterações de prazos e despachos a serem publicados logo depois. Apesar disso, acredita-se que a análise realizada não fica comprometida na medida em que as conclusões feitas neste trabalho estão mais atreladas ao período de tempo que um despacho demorou a ser publicado após a concessão do exame prioritário do pedido de patente. Além disso, existem depósitos que podem se referir a mais de uma doença ao mesmo tempo. Contudo, como se buscou individualizar, ao máximo, a análise, separando as doenças e seus depósitos de pedidos de patentes em colunas e linhas distintas, esse fato não compromete a análise principal que é realizada tendo em vista os pedidos de exame prioritário, entre os quais há um caso de coincidência entre requerimentos.

Ressalte-se, ainda, que este trabalho não pretende esgotar o tema da resolução e suas implicações no processo de concessão de patentes para doenças negligenciadas, mesmo porque existe um arcabouço de limitações técnicas e humanas que impede tal constatação. Com relação às limitações, primeiramente, vale destacar que o requerimento de exame prioritário deve ser realizado por pessoa interessada (artigos 1º, parágrafo 2º e 9º da Resolução nº 80/2013 do INPI), sendo, assim condicionada à vontade humana. Além disso, para que ele seja concedido, o pedido deve estar de acordo com requisitos exigidos pela Resolução (artigos 3º, parágrafo 2º, 7º e 8º da Resolução nº 80/2013 do INPI), a saber, devido requerimento de exame técnico

17 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

18 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 22, de 18 de março de 2013*. Institui a Revista Eletrônica da Propriedade Industrial. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/resolucao\\_22-2013.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/resolucao_22-2013.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

e a publicação do pedido de patente na Revista Eletrônica da Propriedade Industrial. Por fim, cumpre entender que a análise de todos os pedidos de patentes depende da atuação de um órgão que possui dificuldades históricas no âmbito da análise e concessão de patentes<sup>19</sup>.

Antes de proceder à apresentação dos dados, cabe, ainda, esclarecer duas situações importantes sobre a fase de coleta. A primeira delas corresponde à coleta dos dados de Leishmanioses e Helmintíases, a saber: como os nomes estão no plural e, na realidade, o que existem são três formas de leishmaniose – a visceral, a cutânea e a mucocutânea –, bem como um grupo de doenças causadas por helmintos<sup>20</sup>, foram realizadas pesquisas com diferentes palavras para se tentar alcançar o maior número de depósitos possível. Assim, além de pesquisar o termo “Leishmanioses” (no plural, como consta do Anexo 1 da Resolução nº 80/2013 do INPI), a busca também foi feita com “Leishmaniose” (no singular), “Leishmaniose visceral”, “Leishmaniose cutânea” e “Leishmaniose mucocutânea”. No caso das helmintíases, como a Organização Mundial da Saúde<sup>21</sup> destaca os vermes intestinais parasitários *Ascaris lumbricoides*, *Trichuris trichiura* e *Necator americanus* e *Ancylostoma duodenale*, foram pesquisados os seguintes termos: “Helmintíases”, “Ascaridíase”, “Ancilostomíase” e “Triquiuriase”. De todo modo, procurou-se, também, para esses casos excepcionais realizar a pesquisa dos termos tanto no título quanto no resumo e computar uma única vez o depósito que eventualmente apareceu em mais de uma busca.

O segundo esclarecimento diz respeito ao fato de que não se encontra no escopo deste trabalho a verificação da concessão ou não do direito de patente de todos os depósitos encontrados; o arquivamento dos pedidos; assim como a assiduidade do depositante quanto ao pagamento de todas as taxas administrativas referentes ao seu pedido de patente ou quanto aos prazos de resposta às decisões do INPI. Eventualmente, algumas dessas informações serão utilizadas para elucidar comparações e complementar o trabalho, mas a análise central de cada depósito se restringiu à verificação de requerimento ou não do exame prioritário e as informações sobre este.

#### 4. OS RESULTADOS E O PROCESSO DE INFERÊNCIAS

A primeira tabela elaborada traz informações sobre o número de depósitos de pedidos de patente para cada doença negligenciada pesquisada e o número de requerimentos de exames prioritários.

**Tabela 1 – N° de depósitos *versus* exames prioritários requeridos**

DOENÇA NEGLIGENCIADA	NÚMERO DE DEPÓSITOS*	EXAMES PRIORITÁRIOS**
Doença de Chagas	38	2
Dengue/Dengue hemorrágica	199	2
Esquistossomose	25	0
Hanseníase	6	0
Leishmanioses/Leishmaniose ***	123	4****

19 JANNUZZI, A. H. L.; VASCONCELLOS, A. G. Um estudo sobre a concessão de patentes de medicamentos no Brasil e suas implicações para a continuidade do êxito na política de medicamentos genéricos. In: ALTEC - LATINO-IBEROAMERICANA DE GESTÃO DE TECNOLOGIA, 15., 2013, Porto. *Anais...* Disponível em: <[http://www.altec2013.org/programme\\_pdf/635.pdf](http://www.altec2013.org/programme_pdf/635.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

20 WORLD HEALTH ORGANIZATION. Special programme for research and training in tropical diseases. *Helminthiasis*. Disponível em: <<http://www.who.int/tdr/diseases-topics/helminths/en/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

21 WORLD HEALTH ORGANIZATION. Special programme for research and training in tropical diseases. *Leishmaniasis*. Disponível em: <<http://www.who.int/tdr/diseases-topics/leishmaniasis/en/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

Malária	127	0
Tuberculose	87	3
Úlcera de Buruli	0	0
Neurocisticercose	3	0
Equinococose	1	0
Bouba	2	0
Fasciolíase	0	0
Paragonimíase	0	0
Filariíase	5	0
Raiva	22	0
Helmintíases*****	3	0

\* Depósitos realizados a partir de 01 de janeiro de 2000 e publicados até 31 de maio de 2016.

\*\* Exames prioritários com requerimento posterior a publicação da Resolução nº 80/2013 do INPI.

\*\*\*Leishmaniose visceral, cutânea e mucocutânea.

\*\*\*\* O pedido nº PI 1106302-5 A2 também se refere à Doença de Chagas.

\*\*\*\*\* Ascariíase, Ancilostomíase e Triquiuriíase.

Fonte: <https://gru.inpi.gov.br/pePI/jsp/patentes/PatenteSearchBasico.jsp>

Foram encontrados um total de 641 depósitos de pedidos de patentes para todas as 16 doenças pesquisadas, todavia percebe-se que não há um equilíbrio na distribuição desses depósitos dado que existem doenças as quais sequer possuem um único depósito, como ocorre com a Úlcera de Buruli, a Fasciolíase e a Paragonimíase. Em contrapartida, Dengue/Dengue hemorrágica, Leishmanioses e Malária, figuram como as doenças com maior número de depósitos, ultrapassando uma centena deles.

Esse desequilíbrio atesta a afirmação de que existem doenças ainda mais negligenciadas que outras, sob a perspectiva da falta de depósitos de patentes, mas também corrobora o fato de que são necessárias medidas, inclusive legislativas, para se tentar contornar o cenário de descaso para com a pesquisa, a inovação e a industrialização de produtos para essas moléstias. De acordo com a Iniciativa Medicamentos para Doenças Negligenciadas<sup>22</sup>, há um grande déficit na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos para essas doenças, especialmente aquelas pesquisas voltadas para o diagnóstico e tratamento que sejam menos tóxicos como as formulações já existentes no mercado. A edição da Resolução nº 80/2013<sup>23</sup> por parte do INPI pode ser vista, nesse caso, como um instrumento de estímulo aos pesquisadores e empresas com interesses em patentear suas invenções desenvolvidas nessa área, tendo em vista a rapidez com que o direito à patente poderá ser concedido.

É relevante, portanto, que se promova a priorização do exame de pedidos de patentes para os produtos relacionados às doenças negligenciadas, preferindo-os a outros de maior interesse e impacto econômico-financeiro. Todavia, como supramencionado, face ao escasso número de depósitos realizados de pedidos de patentes para o grupo das doenças negligenciadas – para algumas delas, podendo chegar a menos de uma dezena, ou mesmo, a zero -, é possível se inferir a insuficiência dessa regulamentação, no que concerne à complexidade do problema existente em torno dessas enfermidades. Afinal, não há que se falar em uma solução legislativa pontual para um problema lastreado nos mais diversos âmbitos da cadeia inventiva. Exige-se, nesse caso, uma verdadeira articulação dos atores públicos e privados na construção de medidas que venham a se somar com esta iniciativa tomada pelo INPI. Assim, valendo-se da estrutura teórica de

22 DNDI. *Relatório anual DNDi América Latina 2012-2013*. Disponível em: <<http://www.dndial.org/pt/centro-de-documentacao/relatorio-anual.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

23 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução nº 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

Bankowski<sup>24</sup>, lança-se um olhar mais atento à complexidade do caso real dos produtos para doenças negligenciadas a fim de se questionar e criticar a solução universalista decorrente de uma produção legislativa com efeito unidirecional.

A Tabela 1 revela 10 depósitos nos quais houve o requerimento de exame prioritário, identificado pelo despacho “15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente”, como é demonstrado na Tabela 2, uma vez que o pedido nº PI 1106302-5 A2 se refere à Doença de Chagas e à Leishmaniose ao mesmo tempo.

É preciso se atentar para o fato de que o sucesso da resolução no âmbito das doenças negligenciadas depende da coexistência de alguns fatores operando em perfeita sintonia. Dessa forma, é necessário que o depositante tenha interesse em ver seu direito concedido mais rapidamente e colabore respondendo sempre às solicitações publicadas acerca do depósito com o mínimo de atraso. Além disso, é preciso que o INPI, a partir do requerimento, dê andamento imediato a esse pedido e seja capaz de priorizá-lo em todas as etapas. Outro fator importante a ser levado em conta é que, apesar de o exame prioritário ser um mecanismo de análise mais rápido, ele não pode perder em qualidade e se tornar instrumento de concessão de patentes indevidas, especialmente no campo das doenças negligenciadas, no qual a expiração do direito à patente tem extrema importância na política de acesso a medicamentos, principalmente, com a política de genéricos<sup>25</sup>.

Considerando-se a relação entre a edição da normativa e os dados dispostos na tabela I (número de exames prioritários requeridos), infere-se descritivamente que a Resolução foi editada no sentido de buscar e consolidar a aspiração contida no instituto da patente, qual seja, de inovação tecnológica tendo em vista o interesse social, porquanto prioriza o setor de extrema relevância para a política nacional de saúde pública. De acordo com Bankowski<sup>26</sup>, a busca pela aspiração dos institutos normativos se dá pela sua capacidade de adaptação e renovação diante de novos contextos, sem que haja um aprisionamento ao texto legal originário. Assim, a Resolução consubstancia-se como uma medida normativa emitida pelo INPI que visa a corrigir ou melhorar a falha do processo de análise e concessão do direito à patente em casos especiais, como é o das doenças negligenciadas. Cabe inferir, agora, com base na relação entre a normativa e os depósitos analisados, que os dez pedidos de exame prioritário coletados e tabulados indicam a produção de efeitos na complexidade da realidade<sup>27</sup> dos depósitos de produtos para doenças negligenciadas no INPI. Essa inferência não quer significar que se tenha realizado uma avaliação sobre a eficiência, a eficácia e a efetividade da normativa, mas tão somente uma constatação da interação desta com a realidade na qual se encontra inserida.

A Tabela 2 contém os dados dos depósitos com requerimento de exame prioritário, dos quais não é possível concluir ainda – pelo curto espaço de tempo entre a edição da resolução, os requerimentos de exame prioritário e a coleta dos dados –, se houve, realmente, uma aceleração substancial no processo de concessão ou indeferimento da patente desses pedidos. Entretanto, pode-se constatar que, com relação ao tempo de resposta do INPI, após a concessão do exame prioritário, esse prazo está se reduzindo.

24 BANKOWSKI, Z. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

25 JANNUZZI, A. H. L.; VASCONCELLOS, A. G. Um estudo sobre a concessão de patentes de medicamentos no Brasil e suas implicações para a continuidade do êxito na política de medicamentos genéricos. In: ALTEC - LATINO-IBEROAMERICANA DE GESTÃO DE TECNOLOGIA, 15., 2013, Porto. *Anais...* Disponível em: <[http://www.altec2013.org/programme\\_pdf/635.pdf](http://www.altec2013.org/programme_pdf/635.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

26 BANKOWSKI, Z. *Vivendo Plenamente a Lei*. Tradução de Lucas Dutra Bertolozzo, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Arthur Maria Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

27 BANKOWSKI, Z. *Vivendo Plenamente a Lei*. Tradução de Lucas Dutra Bertolozzo, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Arthur Maria Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

**Tabela 2 – Depósitos com requerimento de exame prioritário e suas publicações**

<b>DOENÇA DE CHAGAS</b>
Número do pedido: PI 1106302-5 A2
Data do depósito: 24/10/2011
Publicações
22/03/2016 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 12/04/2016 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente
Número do pedido: PI 0310123-1 A2
Data do depósito: 04/12/2003
Publicações
24/03/2015 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 19/05/2015 – 15.24.3 Negado o exame prioritário do pedido de patente 09/06/2015 – 15.30 Publicação Anulada 14/07/2015 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente
<b>DENGUE/DENGUE HEMORRÁGICA</b>
Número do pedido: PI 1106509-5 A2
Data do depósito: 25/10/2011
Publicações
30/06/2015 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 28/07/2015 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente
Número do pedido: MU 8900648-8 U2
Data do depósito: 29/01/2009
Publicações
25/08/2015 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 22/09/2015 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente
<b>LEISHMANIOSE</b>
Número do pedido: PI 1106302-5 A2*
Número do pedido: PI 0913972-9 A2
Data do depósito: 02/07/2009
Publicações
17/11/2015 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 15/12/2015 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente
Número do pedido: PI 0605889-2 A2
Data do depósito: 15/12/2006
Publicações
25/03/2014 - 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 15/04/2014 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente 21/06/2016 – 9.2 Indeferimento
Número do pedido: PI 0601225-6 A2
Data do depósito: 17/02/2006
Publicações
25/02/2014 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 15/04/2014 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente 19/04/2016 – 9.2 Indeferimento

<b>TUBERCULOSE</b>
Número do pedido: BR 10 2013 033793 5 A2
Data do depósito: 27/12/2013
Publicações
24/05/2016 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 28/06/2016 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário
Número do pedido: PI 0600759-7 A2
Data do depósito: 10/03/2006
Publicações
28/01/2014 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente 25/02/2014 – 15.24.2 Concedido o exame prioritário do pedido de patente
Número do pedido: PI 0300770-7 A2
Data do depósito: 29/01/2003
Publicações
10/05/2016 – 15.24 Notificação de requerimento de exame prioritário de pedido de patente
* O pedido nº PI 1106302-5 A2 também se refere à Doença de Chagas. As publicações utilizadas foram aquelas realizadas até o dia 28 de junho de 2016, data de publicação da RPI 2373.

**Fonte:** <https://gru.inpi.gov.br/pePI/jsp/patentes/PatenteSearchBasico.jsp>

Entre os 10 depósitos apresentados na segunda tabela, apenas dois já possuem parecer técnico do INPI, quer dizer, uma resposta acerca da patenteabilidade ou não da invenção. São eles: o pedido número PI 0605889-2 A2 (depositado em 15/12/2006) e o número PI 0601225-6 A2 (depositado em 17/02/2006). O primeiro depósito teve o despacho “15.24.2 Concedido o exame prioritário” publicado em 15/04/2014 e a primeira publicação de parecer técnico em 27/01/2015, a saber, pouco mais de 9 meses depois. O indeferimento foi publicado em 21/06/2016, após cerca de 2 anos da data da concessão do exame prioritário.

O depósito PI 0601225-6 A2, de 17/02/2006, teve seu parecer técnico publicado com menos de 5 meses (09/09/2014) da data de concessão do exame prioritário (15/04/2014). Em 2 anos e 4 dias (19/04/2016), o indeferimento, também, foi publicado, similarmente ao que aconteceu com o primeiro depósito citado.

Diante do exposto, em ambos os depósitos nos quais foi requerido o exame prioritário este foi concluído e publicado, conforme artigo 37 da Lei 9.279/96<sup>28</sup>, em cerca de 2 anos contados da data de concessão do exame prioritário.

De acordo com o estudo realizado acerca da concessão de patentes de medicamentos, em 2013, verificou-se que o tempo médio de concessão de uma patente farmacêutica foi de 11,5 anos, sendo, assim, a morosidade no processo de concessão do direito um fator de desestímulo extremamente relevante<sup>29</sup>. O INPI, nesse aspecto, apresenta uma conduta que visa a garantir que os produtos eventualmente desenvolvidos para as doenças negligenciadas não fiquem mais tempo retidos por ausência de tratamento diferenciado, tendo em conta as particularidades das questões prioritárias de saúde pública face ao universalismo da legislação de patentes vigente, conforme o referencial teórico supracitado.

28 BRASIL. *Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em: 18 de jun. 2016.

29 JANNUZZI, A. H. L.; VASCONCELLOS, A. G. Um estudo sobre a concessão de patentes de medicamentos no Brasil e suas implicações para a continuidade do êxito na política de medicamentos genéricos. In: ALTEC - LATINO-IBEROAMERICANA DE GESTÃO DE TECNOLOGIA, 15., 2013, Porto. *Anais...* Disponível em: <[http://www.altec2013.org/programme\\_pdf/635.pdf](http://www.altec2013.org/programme_pdf/635.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Com relação a isso, infere-se de maneira descritiva<sup>30</sup>, que a Resolução n.º 80/2013 do INPI<sup>31</sup> possui um potencial de superação desse universalismo aplicável ao trâmite dos pedidos de patente, considerando as particularidades referentes ao interesse social de questões prioritárias de saúde pública, como o caso das doenças negligenciadas. Tal inferência decorre do fato de que, muito embora existam até então 10 pedidos na Tabela II, o lapso temporal entre as publicações dos despachos após a concessão do exame prioritário é relativamente ágil, variando entre o mínimo de 14 dias – no pedido PI 0913972-9 A2, despachos 15.24.2 e 7.4 –, e o máximo de 10 meses e 28 dias – no pedido PI 0600759-7 A2, despachos 15.24.2 e 7.4, conforme os resultados de busca dos referidos depósitos<sup>32</sup>.

Segundo Bankowski<sup>33</sup>, a estrita observância do universalismo da legislação patentária revela o estado de vigência exclusiva da lei, na sua vertente legalista, sem atender às aspirações contextuais. Na verdade, o marco normativo e o processamento das patentes pelo INPI se revelavam como empecilhos ao caso das doenças negligenciadas, sendo a resolução e a potencial agilidade do INPI relevantes para dirimir os atrasos na concessão do direito à patente. Logo, a Resolução n.º 80/2013<sup>34</sup> é um impulso do caso concreto que aspira à renovação do marco normativo patentário, de modo que este venha a alcançar os seus anseios originais de desenvolvimento tecnológico e econômico, em consonância com o interesse social.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo avaliar a Resolução n.º 80/2013 emitida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI)<sup>35</sup>, especificamente, no que compreende o grupo das doenças negligenciadas definidos pela própria regulamentação, com o intuito de verificar a relação existente entre a sua aspiração precípua e a complexidade que envolve o atual contexto dessas enfermidades, bem como os efeitos imediatos produzidos pela normativa, no que se refere ao intento de se acelerar o exame dos pedidos de patentes de produtos relacionados ao grupo das doenças em estudo.

Por meio da análise empírica dos dados dos depósitos extraídos da base do INPI, quais sejam, o número de patentes existentes relacionadas às doenças negligenciadas, descritas no Anexo 1 da Resolução, o número de exames prioritários concedidos com base na normativa, bem como os despachos publicados para os depósitos em que esses exames foram requeridos, buscou-se verificar se houve uma aceleração no processo de análise dos pedidos e como isso pode influenciar no contexto das patentes ligadas às doenças negligenciadas.

Desse modo, face ao escasso número de depósitos realizados de pedidos de patentes para o grupo das doenças negligenciadas – para algumas delas, podendo chegar a menos de uma dezena, ou mesmo, a zero –, foi possível se inferir a insuficiência dessa regulamentação, no que concerne à complexidade do problema

30 EPSTEIN, L.; KING, G. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

31 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução n.º 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

32 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Pesquisa em propriedade industrial*. Disponível em: <<https://gru.inpi.gov.br/pePI/jsp/patentes/PatenteSearchBasico.jsp>>. Acesso em: 23 out. 2016.

33 BANKOWSKI, Z. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

34 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução n.º 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

35 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução n.º 80, de 19 de março de 2013*. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

existente em torno dessas enfermidades. Afinal, não há que se falar em uma solução legislativa pontual para um problema lastreado nos mais diversos âmbitos da cadeia inventiva, o que se depreende da relação teórica bankowskiana entre o universalismo abstrato e a complexidade do real. Esse dado permite, pois, a constatação de que, apenas, uma verdadeira articulação dos atores públicos e privados na construção de medidas que venham a se somar com esta iniciativa tomada pelo INPI poderá alcançar uma alteração exitosa do atual quadro no qual se insere a problemática das doenças negligenciadas. Além disso, ao se constatar a inexistência de depósitos para algumas doenças, como a Úlcera de Buruli, a Fasciolíase e a Paragonimíase, é possível diagnosticar um quadro de maior negligência dessas doenças diante de outras também consideradas negligenciadas pela Resolução, como, por exemplo, o dengue/dengue hemorrágica, a malária e as leishmanioses/leishmaniose, que possuem 199, 127 e 123 depósitos, respectivamente.

Nesse sentido, apesar de ainda não ser possível afirmar que a resolução causou uma aceleração substancial dos procedimentos dentro do INPI, um dos efeitos imediatos produzidos foi o de que o tempo de resposta do órgão tem se reduzido, existindo entre algumas publicações distâncias temporais que variam de 14 dias, no mínimo, até 10 meses e 28 dias, no máximo. Desse dado, portanto, conclui-se que, mesmo sendo observável a insuficiência dessa normativa para solucionar o amplo espectro de problemas das doenças negligenciadas, é possível se constatar uma produção de efeitos de ruptura com o universalismo legalista do sistema jurídico de patentes, ao se distinguir, dentre os casos prioritários de saúde pública, aqueles referentes às doenças negligenciadas e, assim, concedendo-lhes o exame prioritário.

Assim, foi possível perceber que a simplificação do problema apresentado pelo caso das doenças negligenciadas, por meio da oposição excludente entre seguir os deveres impostos pelo sistema jurídico de patentes a qualquer custo ou ignorá-lo, completamente, não seria o caminho mais indicado a ser percorrido e, muito menos, a única opção disponível ao intérprete das regras. Aliás, com base na análise da concepção contida na Resolução nº 80/2013 e seus resultados, foi possível constatar a viabilidade da normativa como uma forma potencial de se romper com o universalismo legalista do atual modelo patentário, uma vez que o reconhecimento das particularidades do caso concreto pode significar um passo importante para reduzir a invisibilização a qual estão submetidos atualmente os portadores de doenças negligenciadas. Além disso, ainda sob a perspectiva teórica adotada, pôde-se verificar que a insuficiência da normativa emitida pelo INPI, em solucionar o problema apresentado pela falha de inovação na P&D de produtos destinados ao combate das doenças negligenciadas, revela explicitamente os perigos de se alicerçarem medidas destinadas a lidarem com casos complexos em alterações ou criações legislativas pontuais. Em outras palavras, a desequilibrada confiança nas leis pode significar, muitas vezes, o alheamento do agente jurídico ou político em relação às circunstâncias contextuais de cada caso.

Por fim, este trabalho empírico pretendeu apresentar um caminho capaz de congregiar esforços, não apenas criando e seguindo a literalidade das leis, mas também rompendo criativamente com seus deveres imediatos, com a finalidade de preservar suas próprias aspirações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANKOWSKI, Z. Vivendo plenamente a lei. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BRASIL. Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em: 18 de jun. 2016.

DNDI. Relatório anual DNDi América Latina 2012-2013. Disponível em: <<http://www.dndial.org/pt/centro-de-documentacao/relatorio-anual.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

EPSTEIN, L.; KING, G. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Pesquisa em propriedade industrial. Disponível em: <<https://gru.inpi.gov.br/pePI/jsp/patentes/PatenteSearchBasico.jsp>>. Acesso em: 23 out. 2016.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Resolução nº 22, de 18 de março de 2013. Institui a Revista Eletrônica da Propriedade Industrial. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/resolucao\\_22-2013.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/resolucao_22-2013.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Resolução nº 80, de 19 de março de 2013. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao\\_80-2013\\_-\\_exame\\_prioritario\\_saude.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

JANNUZZI, A. H. L.; VASCONCELLOS, A. G. Um estudo sobre a concessão de patentes de medicamentos no Brasil e suas implicações para a continuidade do êxito na política de medicamentos genéricos. In: ALTEC - LATINO-IBEROAMERICANA DE GESTÃO DE TECNOLOGIA, 15., 2013, Porto. Anais... Disponível em: <[http://www.altec2013.org/programme\\_pdf/635.pdf](http://www.altec2013.org/programme_pdf/635.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Special programme for research and training in tropical diseases. Helminthiasis. Disponível em: <<http://www.who.int/tdr/diseases-topics/helminths/en/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Special programme for research and training in tropical diseases. Leishmaniasis. Disponível em: <<http://www.who.int/tdr/diseases-topics/leishmaniasis/en/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

Agradecimentos: Este trabalho tem o apoio financeiro da **FAPEMIG** e do **CNPq**.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A efetividade da lei maria da  
penha quanto à orientação  
sexual**

**The effectiveness of the  
maria da penha law on sexual  
orientation**

Francisco Antonio Morilhe Leonardo

# A efetividade da lei maria da penha quanto à orientação sexual\*

## The effectiveness of the maria da penha law on sexual orientation

Francisco Antonio Morilhe Leonardo\*\*

### RESUMO

O presente trabalho visa discutir a aplicabilidade da Lei Maria da Penha 11340/06 em questões de violência contra mulheres na relação homoafetiva. A lei criou mecanismos incluindo-as nessa seara protetiva, ou seja, independentemente de sua orientação sexual, pois gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. A liberdade do indivíduo, em suas relações íntimas e familiares, independentemente do gênero e de suas opções pessoais, é, amplamente, garantida no ordenamento jurídico brasileiro, e é assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, testificando que as uniões de pessoas do mesmo sexo, também, compreendem uma entidade familiar. Por fim, a lei ampliou o conceito de família, na qual se invocou o princípio da igualdade, pois se incluem, penalmente, todas as situações que configuram tal violência. Conclui-se que todas as mulheres que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio são tuteladas, uma vez que, em todos os relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino fundamentam uma peculiar garantia. Utilizou-se o enfoque dedutivo e o levantamento bibliográfico, além da pesquisa qualitativa.

**Palavras-chave:** Violência contra mulheres. Relação homoafetiva. Entidade familiar.

### ABSTRACT

The present work aims to discuss the applicability of the Maria da Penha Law 11340/06 on issues of violence against women in the homoaffective relationship. The law has created mechanisms to include women in this protective field, that is, regardless of their sexual orientation, because they enjoy the fundamental rights inherent to the human person. The freedom of the individual in his or her intimate and family relations, regardless of gender and personal choices, is widely guaranteed in the Brazilian legal system, and is assured to facts that occur in the domestic environment, testifying that same-sex unions also consist a family entity. Finally, the law extended the concept of family, in which the principle of equality was invoked, to all situations that criminally constitute violence. It is concluded that all women who maintain an intimate relationship of affection in a family environment are protected, since, in all relationships, situations of violence against wo-

\* Recebido em 02/12/2016  
Aprovado em 19/12/2016

\*\* Univem, Centro Universitário Eurípedes de Marília. Mestre em Direito e Educação

men require a special guarantee. We used the deductive approach and the bibliographic survey, besides qualitative research.

**Keywords:** Violence against women. Homoaffective relation. Family entity.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, foi elaborada em consequência da imposição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, cujo intuito visa, não somente, resguardar a mulher que é vítima de violência doméstica e familiar, mas prevenir, também, as futuras agressões e, conseqüentemente, punir os agressores.

Nesse viés, a lei tem por fundamento prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, não por razão do sexo, mas em virtude do gênero, uma vez que a união homossexual constitui uma entidade familiar na qual não cabe questionar a natureza dos elos formados por pessoas do mesmo sexo.

Vale lembrar que está inserto no seu artigo 2º: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”<sup>1</sup>. Ademais, o parágrafo único do artigo 5º afirma que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. Posto dessa maneira a questão, o que de fato a lei busca é tutelar todas aquelas que se comportam como mulheres, englobando homossexuais.

O objetivo da lei visa expressar a tipicidade, esclarecendo acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo em vista à proteção da sua integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual, independentemente da sua orientação sexual, protegendo-as genericamente.

No caso vertente, evidenciam-se os princípios constitucionais da isonomia, sem distingui-las por razões de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da Liberdade sexual como elos sob as óticas doutrinárias e as legislativas. Outrossim, vislumbra-se que a Lei Maria da Penha deve ser inerente às homossexuais, uma vez que, privá-las de uma proteção, resultaria numa forma hedionda de preconceito e discriminação, o que a lei busca precisamente combater.

Nesse diapasão, é aplicada a todas as vítimas de violência doméstica, cujo agressor pode ser o marido, companheiro, pai, filho ou irmão, em qualquer relação afetiva e que venha sofrer do companheiro (a) uma lesão.

Por tais razões, a justificativa se encontra na necessidade de assegurar ao gênero feminino em geral, os direitos e garantias fundamentais sob vários prismas da sociedade que emergem de maneira rápida e significativa à luz dos direitos humanos. Sem pretender esgotar a temática, busca-se que lei atinja a todas as mulheres, sem distinção, de sobremodo a reduzir ou extinguir a violência contra elas, genericamente, cuja diretriz repouse na crença de que o bom combate contra a coisificação feminina encontra-se no liame entre o Direito e a sociedade; progresso e vida; justiça, autonomia e liberdade.

## 2. DIRETRIZES DA LEI: OBJETIVOS, OBJETO E CONTEXTOS DA VIOLÊNCIA DE GÊNEROS.

Com o surgimento da Lei Maria da Penha, objetivou-se coibir e prevenir qualquer manifestação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Com a pretensão de erradicar esse mal enraizado no bojo da

1 BRASIL. Lei 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 22 set. 2016.

sociedade e que insiste em permanecer no âmbito cultural dos brasileiros, os objetivos da Lei estão expostos no artigo 1º:

Art. 1º- Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.<sup>2</sup>

Resta salientar que a referida Lei não se enquadra em qualquer violência contra o sexo feminino, ela se restringe àquelas baseadas no gênero e que ocorram no âmbito doméstico, familiar ou de relação íntima de afeto; para os demais casos, existem outras legislações específicas. Se uma mulher for agredida em decorrência de um assalto, efetuado por um agente desconhecido sem vínculo afetivo, não será, nesse caso, julgado pelo prisma da lei 11.340/2006, pois não existiu uma questão de gênero, nem vínculo familiar, afetivo ou doméstico.

A violência de gêneros vem dos diferentes valores dados ao homem e a mulher durante todos esses anos; a cultura do dominar e ser dominada foram o início de todo o problema. O sexo masculino foi colocado em um patamar acima do feminino, assumindo um papel de dominação, o que gerou o fato de agredir de diversas formas a mulher, por se portar como um ser superior, digno de respeito e obediência. Em contrapartida, assumisse a ideia de que a mulher se enquadra no sexo frágil e, totalmente, subordinada ao homem, criando um ciclo de autoridade masculina, o que contribuiu para a violência.

Tomando por base o pensamento no qual o objetivo da Lei é coibir e prevenir, entende-se que seu objeto é a violência contra mulher, baseada no gênero e que seja praticada dentro do âmbito doméstico, familiar ou de qualquer relação íntima de afeto entre os agentes. Dessa forma, para existir a caracterização da referida Lei, se faz necessária a presença de três requisitos. Em seu artigo 5º é o exposto:

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.<sup>3</sup>

Para a aplicabilidade da Lei em questão, se faz necessária a presença de determinadas condições, pois é nesse caso que a mulher se vê mais vulnerável a violência, existindo maior exposição da vítima perante o agressor. A propósito, quando o convívio e a relação sentimental estão presentes entre os agentes, a percepção do crime por terceiros se torna mais difícil, a agredida, em algumas vezes, se desencoraja a denunciar. Nesse sentido, Bianchini descreve sua posição sobre o comportamento do agressor:

O agressor conhece a condição privilegiada decorrente de uma relação de convívio, intimidade e privacidade que mantém ou tenha mantido com a vítima, aproveitando-se dela para perpetrar suas atitudes violentas. De fato, seguro do controle do “seu” território, dificilmente exposto a testemunhas, o indivíduo violento aumenta seu potencial ofensivo, adquirindo a conformação de um assassino em potencial. Por essas especificidades, não se pode tratar indistintamente um delito que tenha sido

2 BRASIL, 2006. Lei Maria da Penha. Op. Cit.

3 BRASIL, 2006. Lei Maria da Penha. Op. Cit.

praticado por um desconhecido e outro perpetrado por alguém de convivência próxima.<sup>4</sup>

Esses crimes domésticos e familiares apresentam dificuldades na denúncia, investigação e punição dos responsáveis, pois existe um contato direto e frequente entre vítima e agressor, mantendo a violência e a vítima silente por anos, em alguns casos. Nesse sentido, para maior proteção das mulheres e para uma efetividade nos julgamentos de tal crime, o legislador especificou essas hipóteses caracterizando a violência doméstica contra a mulher.

Renato Velloso atribui a violência como sendo “uma espécie de coação, ou forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência do outrem, ou a levar a executá-lo, mesmo contra a sua vontade”.<sup>5</sup>

Faz-se necessário entender o contexto do âmbito da unidade doméstica, sendo compreendido como um local onde existe convívio entre pessoas de forma constante, em um ambiente considerado familiar, não sendo necessário o vínculo sanguíneo ou civil. Essa agravante é aplicada nos casos em que a mulher agredida faça parte dessa relação doméstica.

Guilherme Nucci exemplifica:

A mulher agredida no âmbito da unidade doméstica deve fazer parte dessa relação doméstica. Não seria lógico que qualquer mulher, bastando estar na casa de alguém, onde há relação doméstica entre terceiros, se agredida fosse, gerasse a aplicação da agravante mencionada. Exemplo: uma mulher, fazendo uma entrega de encomenda na casa de determinada família, agredida por alguém, nesse espaço, não pode provocar o surgimento da agravante. O que se tem em vista é a mulher, integrante das relações domésticas, ser agredida pelo marido, em outro exemplo.<sup>6</sup>

No que se refere ao âmbito da família, a lei especifica como sendo a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (art. 5º, II). Ou seja, pai, mãe e filhos (laços naturais), marido, sogro, cunhado (laços civis), primo, tio (afinidade) ou amigos que moram na mesma casa (afetividade), em linhas gerais, a lei estabelece que a mulher tenha uma ligação próxima com o agressor.<sup>7</sup>

A referida Lei não visa proteger, apenas, a mulher que sofre agressões por parte de seu marido ou companheiro, ela abrange todo o âmbito familiar, em que existe uma relação estreita entre as partes, seja ela entre cônjuges, irmãos, cunhados entre outros, lembrando-se da necessidade de se verificar se a violência está baseada na questão de gêneros.

No que diz respeito à violência contra a mulher, Stela Cavalcanti define como sendo “qualquer ação ou conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.<sup>8</sup>

Por fim, o artigo 5º, III traz o contexto “em qualquer relação íntima de afeto”, colocando em pauta a situação de violência gerada por namorados ou ex-namorados, ainda que não tenha existido coabitação, basta que o agressor conviva ou tenha convivido com a agredida. Isso também ocorre em relação à relação entre amantes.<sup>9</sup>

4 BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais protetivos e criminais da violência de gênero. 2ª ed. Livraria Saraiva, 2014, p. 35.

5 VELLOSO, Renato Ribeiro. Violência contra mulher. 2010. Disponível em: <http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo323.shtml>. Acesso em: 23 ago 2016.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 1167.

7 BRASIL, 2006. Lei Maria da Penha. Op. Cit.

8 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares De Farias. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. 2010, p. 12. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7753/aviolenciadomesticacomoviolacaodosdireitoshumanos>. Acesso em: 06 set 2016.

9 BIANCHINI, Alice, Op. cit. p. 44.

O autor destaca atual manifestação jurisprudencial acerca de uma relação de ex-namorados tipificada nessa lei:

[...] Não há que se falar em incompetência do Juízo pelo fato de o acusado ser ex-namorado da vítima, eis que o crime decorreu da relação íntima decorrente da convivência anterior, sendo certo que o ordenamento jurídico exige apenas que o agressor tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação (Artigo 5º, III, da Lei 11.340/2006). (...). De efeito, a Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo de coibir de forma mais rigorosa a violência cometida contra a mulher em seu ambiente doméstico, familiar e afetivo, a Lei Maria da Penha em seu artigo 41 expressamente afasta a aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (...). Nesta linha, a jurisprudência tem entendido que se aplica a lei especial na hipótese também de ex-namorados, ainda que o relacionamento já tenha se encerrado, desde que haja nexos causal com a agressão. Nos crimes envolvendo ex-namorados a palavra vítima é decisiva, apesar do cuidado que o juiz deve ter nestes casos, certo que em regra tais infrações ocorrem na ausência de outras testemunhas, geralmente no interior da residência. No caso concreto, verifica-se nexos de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre o acusado e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após rompimento do namoro de 08 meses, situação apta a atrair a incidência da Lei 11.340/06.<sup>10</sup>

É uníssono destacar que, bater, chutar, ameaçar, humilhar, injuriar, difamar, caluniar, destruir pertences, forçar o sexo, entre outras ações, se traduzem em atos que caracterizam a violência doméstica e familiar.

Com base no exposto, compreende-se que a referida lei surgiu para coibir e prevenir qualquer manifestação de violência contra a mulher baseada na questão de gênero, em seu âmbito doméstico e familiar ou em relações de afeto, destacando o parágrafo único de seu artigo 5º, no qual menciona que as relações pessoais independem de orientação sexual.

Percebendo a necessidade de reflexão sobre a redistribuição das relações de identidade entre os sexos, já que a determinação anatômica não se sustenta mais, vislumbrando a possibilidade de homem-masculino, homem-feminino, mulher-feminino e mulher-masculino <sup>11</sup>.

Por tais razões, compreende-se que a Lei Maria da Penha sedimentou a tutela constitucional democratizada da liberdade do ente em optar acerca de sua liberdade de escolha da identidade sexual de seu “ser”.

### 3. TIPOS DE MANIFESTAÇÃO DA VIOLÊNCIA.

Expressamente, menciona-se na Lei Maria da Penha, cinco formas de manifestação de violência praticada contra a mulher. Frisando que, apesar do rol apresentado, o dispositivo possui a expressão “entre outras”, cuja possibilidade se enquadra em outros tipos de agressões, como disposto em seu artigo 7º:

Art. 7º - São formas de violência doméstica contra a mulher, entre outras:

- I - A violência física, entendida como qualquer conduta que ofende sua integridade ou saúde corporal;
- II - A violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
- III - A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a

10 Idem

11 NOLASCO, Sócrates. A desconsideração do masculino: uma contribuição crítica à análise de gênero. In: A desconstrução do masculino. Org. Sócrates Nolasco. Rio de Janeiro: Rocco, 1995, p. 16.

induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria <sup>12</sup>.

A referida Lei visa pela proteção da mulher a “qualquer” tipo de violência, se preocupando com todo o ser, seja em cunho psicológico, patrimonial, sexual ou moral. As formas de violência previstas no artigo 7º são exemplificativas, servindo como um norte para o aplicador do Direito, permitindo a aplicação de outros tipos de manifestação, além dos já expostos.

Edison Silva relata que “Não se trata, portanto, de qualquer conduta lesiva contra uma mulher. Para ser crime previsto na nova Lei, é necessário que a conduta seja baseada no gênero (...)”. A Lei 11.340/06 não dispõe, expressamente, sobre assunto específico, podendo ser utilizada na ocorrência de qualquer situação em que se caracteriza qualquer forma de violência.<sup>13</sup>

A violência física pode ser entendida como qualquer conduta que atinja a integridade ou saúde corporal da vítima, se materializando por meio de chutes, socos, tapas, queimaduras, entre outras ações que visam agredir a mulher. É um tipo de agressão, visivelmente, perceptível, por tal razão, se tornou a mais conhecida e discutida entre as pessoas.

Nesse panorama, a violência psicológica destaca-se pela dificuldade de caracterização, pois a própria vítima demora a entender que aquele ato se trata de uma agressão, acaba não relacionando o comportamento como algo ilícito. Por se tratar de um tipo de violência de difícil comprovação, não deixa vestígios e as vítimas acabam optando por não denunciar seus agressores.

Priscila Bernardes relata que, na pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, demonstrou que mulheres acabam não denunciando seus agressores por associarem tal fato com algum problema existente na relação, como por exemplo: dificuldade financeira, filhos, ausência da parceira no âmbito doméstico devido ao trabalho entre outros. Em alguns casos, as próprias mulheres não encaram como agressão e sim como um estado psicológico atual e não permanente do parceiro.<sup>14</sup>

Por tal razão, frisa-se a importância da conscientização dessas mulheres sobre seus direitos, para o entendimento de que qualquer conduta que vise degradar e controlar ações, comportamentos, crenças e decisões por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, insulto, chantagem, ridicularização, exploração, entre outros, são características de violência psicológica e devem ser evitadas e erradicadas.

Sobre o conceito de violência de gênero, Luiz Gomes explica:

Sexualmente falando a diferença entre homem e a mulher é o seguinte: o homem faz a mulher engravidar; a mulher menstrua, faz a gestação e amamenta. Fisicamente falando essa é a diferença. Fora disso, qualquer outro tipo de distinção é cultural (e é aqui que reside a violência de gênero). Cada sociedade (e cada época) forma (cria) uma identidade para a mulher e para o homem (a mulher deve fazer isso, isso e aquilo; o homem deve fazer isso, isso e aquilo). O modo como a sociedade vê o papel de cada um, com total independência frente ao sexo, ou seja: frente ao nosso substrato biológico, é o que define o gênero. Todas as diferenças não decorrentes da (pura) biologia e “impostas pela sociedade” são diferenças de gênero.<sup>15</sup>

12 BRASIL, (2006). Lei Maria da Penha. Op. cit.

13 SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei nº 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9144/direito-penal-de-genero>. Acesso em: 19 dez 16.

14 BERNARDES, Priscila. Nem tão “companheiro”. 2012. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/content/nem-tao-companheiro>. Acesso em: 29 set. 2016.

15 GOMES, Luiz Flávio. Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher. 2009.

Em relação às manifestações de violência sexual, como a própria lei dispõe, se caracteriza por qualquer ato praticado com intimidação, ameaça, coação, uso de força, chantagem, suborno ou manipulação que possa constranger a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, ou, ainda, que induza a comercializar, utilizar de qualquer modo, a sua sexualidade; impeça de usar qualquer método contraceptivo; force o matrimônio; a gravidez; o aborto, a prostituição e que limite ou anule os direitos sexuais e reprodutivos da vítima (art. 7º, III).

O fato do agressor e agredido possuírem um vínculo familiar e, conviverem sob o mesmo teto, possibilita a facilidade de cometer certos atos agressivos, pois o sujeito ativo sente-se seguro por conhecer seu território e não correr o risco de ter testemunhas, bem como a vítima fica totalmente vulnerável a ameaças e inibições quanto à possibilidade de realizar uma denúncia.

Em relação à violência patrimonial, facilmente ser confundida até mesmo pela vítima devida à cultura da submissão feminina que vigora até os dias atuais, retratam as condutas que retenham, subtraíam, destruam objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores, direitos e recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as necessidades da mulher (art. 7º, IV) <sup>16</sup>.

Em defesa ao direito da mulher, segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Maranhão em caso correlato:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA PROTETIVA. VIOLÊNCIA PATRIMONIAL CONTRA EX MULHER. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. PREVISÃO EXPRESSA DE PROTEÇÃO DE CUNHO PATRIMONIAL. RESTITUIÇÃO DE BEM SUBTRAÍDO PELO OFENSOR(...). II – o artigo 24, inciso I, da Lei 11.340/2006 prevê expressamente proteção de cunho patrimonial, ao dispor sobre a possibilidade de concessão de medida protetiva de restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor. III - não cabe afirmar que os juizados ou Varas Especializadas em Violência contra a mulher não podem apreciar questões de violência patrimonial, haja vista sua competência híbrida, sobretudo quando a violência ocorre sob ameaça (...) <sup>17</sup>.

Por fim, a violência moral consiste em tudo que viola o íntimo da mulher, sua honra e autoestima, se manifesta por meio de calúnia, difamação ou injúria, geralmente ocorrem em forma de xingamentos, humilhações e atribuições negativas à vítima, que passa a ser uma pessoa desmotivada, angustiada e sem amor próprio.

Diante do exposto, o legislador objetivou manter a vítima sob proteção de todas as formas de violência. Assim como frisou a importância da presença de questões de gêneros, na qual a mulher é posta de forma inferiorizada e hipossuficiente. Isto posto, vale ressaltar que, atualmente, a Lei Maria da Penha ainda é vista de forma restrita e pontual à violência física, portanto, hodiernamente, necessita de maior intervenção estatal, como por exemplo, instruir as mulheres sobre seus direitos e a sua proteção em relação as demais manifestações de agressão.

#### **4. DESTINATÁRIOS DA LEI QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL**

O intuito de se criar uma legislação especial veio pela necessidade do combate e inibição das manifestações de violência contra o sexo feminino. Ocorre que se deixou estabelecida a necessidade da apresentação

Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/noticias1366047/violencia-machista-da-mulher-e-a-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher](http://www.jusbrasil.com.br/noticias1366047/violencia-machista-da-mulher-e-a-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher). Acesso em: 28 ago 2016.

16 BRASIL (2006). Lei Maria da Penha. Op. cit.

17 BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. AL 216762012. Agravado: Antônio Lázaro Coelho. Agravante: Valbelina de Jesus Campos Coelho. Relator: Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. 31/10/2012. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169418423/agravo-de-instrumento-ai-216762012-ma-0003421-2820128100000>. Acesso em: 22 jul. 2016.

de questões baseadas no gênero, que sejam independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, como fixado nos artigos 2º e 5º parágrafo único:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerente à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art.5º Parágrafo Único - As relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual**. (grifos nossos) <sup>18</sup>.

A Lei Maria da Penha inclui, como composição de ambiente doméstico e familiar, o relacionamento amoroso entre mulheres homossexuais, entendendo que o fato de pertencerem ao mesmo sexo não descaracteriza uma relação afetiva. Claramente, é demonstrado em seus artigos que independente da orientação sexual, pois toda mulher deve ser protegida de uma possível violência, seja ela do seu companheiro ou companheira, devendo ter a aplicabilidade da referida legislação.

Apesar de a sociedade viver em tempos modernos, em que o tema deveria ser visto e tratado com a naturalidade que lhe condiz, ainda se faz necessário enfatizar a obrigação da igualdade, cujo princípio se encontra na Lei Maior, pois são frequentes os episódios de preconceito vividos por milhares de pessoas, devido à orientação sexual a que pertencem. Em alguns casos, o desfecho pode ser de forma brutal, ceifando vidas e cultivando a intolerância e discriminação.

Gilmar Mendes ensina que o princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário, quanto como proibição de tratamento discriminatório. A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas, sobretudo quando se tem a chamada “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, de modo a conceder vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.<sup>19</sup>

As uniões homoafetivas permaneceram excluídas do conceito de “família”, estipulada pela nossa sociedade e assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Casais homossexuais eram tratados dentro do Código Civil como uma relação societária, não possuíam os mesmos direitos que usufruíam as relações heterossexuais, ou seja, não eram vistos como entidade familiar, mas sim, como sócios que possuem bens incomuns.

Maria Berenice Dias afirma:

O avanço é muito significativo, pondo um ponto final à discussão que entretém a doutrina e divide os tribunais. Sequer de sociedade de fato cabe continuar falando, subterfúgio que tem conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais. Com isso, tais uniões eram relegadas ao âmbito do Direito das Obrigações, sendo vistas como um negócio com fins lucrativos. No final da sociedade, procedia-se à divisão de lucros mediante a prova da participação de cada parceiro na formação do patrimônio amealhado durante o período de convívio. Como sócios não constituem uma família, as uniões homoafetivas acabavam excluídas do âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Esta era a tendência majoritária da jurisprudência, pois acanhado é o número de decisões que reconheciam tais uniões como estáveis.<sup>20</sup>

Nesse ínterim, em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o regime jurídico da união estável, também para casais homossexuais, assegurando os mesmos direitos e garantias independente da orientação sexual dos envolvidos. Nesse mesmo sentido, surgiram decisões espalhadas pelo país, julgando assuntos relacionados ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, adoção homoparental, entre outros.

No mesmo sentido que a Lei 11.340/06 trouxe em seu texto legal um novo conceito de família, colabo-

18 BRASIL, (2006). Lei Maria da Penha. Op. cit.

19 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, 2004, p. 139.

20 DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. Línea. Jus Navigandi, v. 29, 2008.

rando com a diminuição de questionamentos quanto ao assunto, protegendo a mulher independente da sua orientação sexual.

No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, desde que mantém relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio, em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. No entanto, a lei não se limita a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher, independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão maior. Como a proteção é assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidade familiar. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família<sup>21</sup>.

Em relação à vítima transexual homem, que sofra com a manifestação da violência, dá-se como exemplo a aplicação da Lei 11.340/06 em uma decisão proferida pela Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães alegando a necessidade do amparo legal no referido caso. Nesse contexto, formulou uma linha de raciocínio para sua decisão, em que Alice Bianchini transcreve:

Embora não tenha havido alteração no seu registro civil, a vítima fora submetida a uma cirurgia de redesignação sexual há 17 anos, o que a torna pessoa do sexo feminino, no que tange ao seu sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade; A não aplicação das mesmas regras elaboradas para proteção da mulher transmuta-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível; o gênero é constituído no decorrer da vida e se refere ao estado psicológico (...); tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos a cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificadas nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais; o apego a formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrelevam àquelas, não pode (...) impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpidas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha<sup>22</sup>.

A ilustre magistrada interpretou o caso concreto baseando-se nos artigos da referida legislação e sua aplicação em questões de gêneros. A vítima em destaque, nasceu de fato homem, mas sua identidade de gênero corresponde ao sexo feminino. Segundo o entendimento da aplicadora do Direito, o caso se enquadrava perfeitamente às exigências para a aplicabilidade da Lei 11.340/06, pois se observou presentes a violência, o cunho afetivo e a questão de gênero.

Destarte, a orientação sexual é a capacidade de cada indivíduo atrair-se emocional, afetiva ou sexualmente por indivíduos de gênero distinto, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de manter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; por sua vez, a identidade de gênero é definida como a experiência pessoal de gênero, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, englobando o sentimento em relação aos seus aspectos corporais e outras expressões de gênero, como a vestimenta, o modo de falar e maneirismos<sup>23</sup>.

Cabe salientar que, como diploma legal assistencial e protetivo das mulheres, compreendidas como sendo aquelas referentes ao seu gênero, e não somente ao sexo feminino, a lei Maria da Penha protege, também, às transexuais femininas que tenham sido vitimadas por esse tipo de violência, uma vez que tal entendimento está em consonância aos princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia, ampliando a tutela jurídica.

Nessa esteira, infere-se que, a partir do momento em que o transexual adquire a alteração em seu registro civil, tornará, para fins penais, uma mulher e, dessa forma, estará inserida na seara protetiva da lei, dentro de

21 Idem.

22 BIANCHINI, Alice, Op. cit., p. 58-59.

23 TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. Lei Maria da Penha também é aplicável às transexuais femininas. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas>. Acesso em: 19 dez 2016.

uma interpretação restritiva. Pierre-Henri Castell define transexual:

Caracteriza-se pelo sentimento intenso de não-pertença ao sexo anatômico, sem por isso manifestar distúrbios delirantes (a impressão de sofrer uma metamorfose sexual é banal na esquizofrenia, mas neste caso é acompanhada de alucinações diversas), e sem bases orgânicas (como o hermafroditismo ou qualquer outra anomalia endócrina).<sup>24</sup>

Não há de se olvidar a presente analogia aos aspectos da Lei em destaque, levando em conta a dignidade da pessoa humana como ponto central de direito à proteção contra manifestações de violência, pouco importando a sexualidade da vítima, pois a orientação sexual não deve ser o principal fator para conceder ou não o direito e garantia civil do cidadão.

Norberto Bobbio enfatiza que a marca característica do Estado Democrático de Direito é a sua legitimação pela consagração e promoção dos Direitos Fundamentais, já que sem Direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia.<sup>25</sup>

Entretanto, certifica-se a garantia aos direitos fundamentais e a natureza principiológica constitucional de justificação do Estado. Tais direitos são fundantes, ou seja, resultam em fontes de legitimação de todo o Direito, regulam a produção e interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais.

Wolfgang Ingo Sarlet destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo:

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica.<sup>26</sup>

Em sintonia com isso, a importância de se manter o real motivo para a criação de uma legislação especial não perder o foco. Deverá ser aplicada em ocasiões diversas, apenas quando outras jurisdições não atuarem com excelência, levando em conta o histórico das partes e as condições em que o caso apresenta. A Lei 11.340/06 foi criada com destinatários certos, por motivos inquestionáveis, razão pela qual deve ser utilizada em situação de violência específica.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, tem-se a era marcada por singularidades, na qualsobressaem as disparidades e aumenta o estado de consciência humana, em detrimento dos segmentos da sociedade, antes anônimos, sem o direito a qualquer tipo de Justiça. Nesse sentido, emergem as menores camadas que estavam silentes.

Nessa dissonância contextual entre as diferenças e igualdades, deve-se ponderar que, diante de uma violação ao bem jurídico tutelado - a vida; nasce a obrigação de punir do Estado, independentemente da opção sexual no polo passivo ou ativo. Por esse prisma, a Lei Maria da Penha tem como escopo a proteção à integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual do sexo biológico “mulher”, independentemente de sua orientação sexual, bem como do gênero feminino.

Em verdade, cabe ressaltar que as ações e as atitudes, o respeito mútuo, a aceitação social, o apreço as formas culturais diversas, à dignidade, à liberdade sexual e à igualdade são direitos característicos a todos os seres humanos, sem observar os critérios de raça, sexo, cor, idade e gênero. No caso vertente, cada cidadão

24 CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). Revista Brasileira de História, v. 21, n. 41, 2001, p. 77-111.

25 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

26 SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

possui sua individualidade, sua personalidade, seu modo próprio de ver e de sentir as coisas tendo o livre arbítrio para sua vida em comunidade.

Nesse panorama, o ordenamento jurídico se abstém de meras formalidades, de sobremodo a incluir no bojo de suas proteções legislativas todos que compõem o Estado democrático do Direito, sendo homossexuais (lésbicas) e transexuais, pois a privação destes pela tutela estatal, os discriminariam, estando dissonante ao escopo da Lei Maria da Penha.

Por derradeiro, no âmbito jurídico, entende-se que a Lei Maria da Penha também garante a proteção inerente às homossexuais (lésbicas) e aos transexuais (que devida intervenção cirúrgica de transgenitalização e, se obtiveram alteração no registro civil, tornaram-se mulher), pois o que de fato a citada lei busca é mais do que proteger o sexo biológico mulher; é proteger todos aqueles que se comportam como mulheres, exercendo seu papel social, formando vínculos afetivos e familiares.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Priscila. Nem tão “companheiro”. 2012. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/content/nem-tao-companheiro>. Acesso em: 29 set. 2016.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais protetivos e criminais da violência de gênero. 2ª ed. Livraria Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 22 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Maranhão. AL 216762012. Agravado: Antônio Lazaro Coelho. Agravante: Valbelina de Jesus Campos Coelho. Relator: Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. 31/10/2012. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169418423/agravo-de-instrumento-ai-216762012-ma-0003421-2820128100000>. Acesso em: 22 jul. 2016.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). Revista Brasileira de História, v. 21, n. 41, p. 77-111, 2001.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares De Farias. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7753/aviolenciadomesticacomoviolacaodos-direitoshumanos>. Acesso em: 06 set 2016.

DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. Línea. Jus Navigandi, v. 29, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher. 2009. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/noticias1366047/violencia-machista-da-mulher-e-a-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher](http://www.jusbrasil.com.br/noticias1366047/violencia-machista-da-mulher-e-a-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher). Acesso em: 28 ago 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, p. 131-142, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOLASCO, Sócrates. A desconstrução do masculino: uma contribuição crítica à análise de gênero. In: A desconstrução do masculino. Org. Sócrates Nolasco. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da Repúbli-

ca de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei nº 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9144/direito-penal-de-genero>. Acesso em 19 dez 16.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. Lei Maria da Penha também é aplicável às transexuais femininas. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas>. Acesso em 19 dez 2016.

VELLOSO, Renato Ribeiro. Violência contra mulher. 2010. Disponível em: <http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo323.shtml>. Acesso em: 23 ago 2016.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser**

Transsexuality and “right to the bathroom” in Brazilian Supreme Court: a reflection based on Post, Siegel and Fraser

Maria Eugenia Bunchaft

# Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser\*

## Transsexuality and “right to the bathroom” in Brazilian Supreme Court: a reflection based on Post, Siegel and Fraser

Maria Eugenia Bunchaft\*\*

### RESUMO

Este trabalho objetiva investigar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário n. 845779 à luz dos referenciais teóricos de Post, Siegel, Honneth e Fraser. Pretende-se demonstrar que o argumento utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, relativo ao papel contramajoritário do STF na proteção de grupos vulneráveis, se aproxima dos pressupostos do Constitucionalismo Democrático defendido por Post e Siegel. Sustenta-se que, a despeito da preocupação do eminente Ministro-Relator com a efetivação dos direitos de transexuais e do conteúdo progressista de seu voto, sua argumentatividade não revela alcance teórico para desestabilizar a estrutura binária inerente às práticas normalizadoras que estabelecem padrões heteronormativos, posto que pressupõe, implicitamente, o paradigma da autorrealização delineado por Honneth. O trabalho é original, pois propugna-se que, somente, uma nova teoria - um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* - pode desmascarar assimetrias de poder decorrentes da própria esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais vinculadas a concepções heteronormativas. Utilizam-se a análise discursiva crítica feminista e os métodos de indução analítica e monográfico. A técnica de pesquisa é a documentação indireta.

**Palavras-chave:** transexualidade; Constitucionalismo Democrático; reconhecimento.

### ABSTRACT

This study aims to investigate the contents of Justice Luís Roberto Barroso's vote on the judgment of the Allegation of Unconstitutionality number 845779 under the light the theoretical frameworks of Post, Siegel, Honneth and Fraser. The work intends to demonstrate that argument used by the Minister Luís Roberto Barroso regarding counter-majoritarian role of the Brazilian Supreme Court in protecting vulnerable groups resembles the assumptions of Democratic Constitutionalism defended by Post and Siegel. It is argued that, despite the Minister's concern with the effectiveness of transgender rights and the progressive content of his vote, its argumen-

\* Recebido em 06/06/2016  
Aprovado em 24/11/2016

\*\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Doutora e Mestre em Teoria DO Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-doutora em Filosofia pela UFSC. Graduada em Direito pela PUC-Rio.

Este artigo é resultado da Coordenação do projeto de pesquisa “Judicialização, Constitucionalismo Democrático e direitos fundamentais de minorias LGBT: uma reflexão à luz dos contextos brasileiro e norteamericano” aprovado pelo CNPq, referente à Chamada Universal/MCTI/CNPq N°14/2014 e resultado de um segundo projeto aprovado pela FAPERGS, relativo ao edital Pesquisador Gaúcho 2014, intitulado “Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norteamericano.

tativity not reveal theoretical power to destabilize the binary structure inherent in normalizing practices that establish heteronormative standards, since it implicitly assumes the paradigm of the self-realization outlined by Honneth. The paper is primordial, because it proposes that only a new theory - an Egalitarian Democratic Constitutionalism - can unmask power asymmetries arising from the own official public sphere and that are reflected in court decisions linked to heteronormative conceptions. It is used the feminist critical discourse analysis and the methods of analytical induction and monographic. The research technique is the indirect documentation.

**KEYWORDS:** transexuality; Democratic Constitutionalism; recognition.

## 1. INTRODUÇÃO

O debate constitucional que se promove sobre o uso de banheiros públicos por transexuais femininas abarca a relevância teórica e política que contempla desde questões constitucionais e bioéticas até discussões filosóficas sobre a temática do binarismo e dos desafios da despatologização à luz da *Teoria Crítica do Gênero*. As questões relativas ao protocolo dos centros de saúde que realizam a cirurgia de redesignação e à obrigatoriedade de psicoterapia em todo processo transexualizador, por exemplo, remetem à multiplicidade de indagações concernentes a um conjunto de discursos científicos que atribuem às pessoas *trans* uma identidade marcada por desordem psíquica sem possibilidade de autodeterminação autônoma e de desenvolvimento de suas identidades de gênero por meio de escolhas próprias em relação a seus corpos.

Em novembro de 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso, Relator do Recurso Extraordinário (RE) nº 845779, votou, favoravelmente, ao direito de uma transexual utilizar o banheiro feminino. O referido Recurso tratou da reparação de danos morais no caso de constrangimento por parte de um funcionário de um *shopping center* de Florianópolis/SC contra a transexual, ao pretender usar o banheiro feminino.<sup>1</sup>

Na configuração fática que fundamentou o pedido do Recurso Extraordinário, a transexual aduziu que, após ter sido impedida de ingressar no referido recinto, terminou por fazer as necessidades fisiológicas nas próprias vestes. Dessa feita, interpôs o RE no Supremo Tribunal Federal (STF), impugnando a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que indeferiu o reconhecimento do direito à indenização de quinze mil reais.

O tema teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do STF e a decisão atingirá, no mínimo, 778 processos semelhantes, que foram suspensos enquanto aguardavam julgamento do RE em questão. Votaram, favoravelmente, os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, pelo provimento do RE nº 845779 e pelo restabelecimento da sentença de primeiro grau que determinou a indenização de quinze mil reais, a ser paga pelo *shopping* à transexual. No entanto, o Ministro Fachin, que acompanhou o voto do Ministro-Relator, propôs que a condenação da requerida fosse elevada para cinquenta mil reais.

Ao pedir vista do caso, o Ministro Luiz Fux expressou que o STF não tem representatividade para decidir sobre a temática sem consultar a sociedade, invocando argumentos de pessoas que alegaram constrangimento e vulnerabilidade psicológica. Os demais Ministros do STF ainda irão se manifestar sobre o referido recurso.

Neste trabalho, tenciona-se analisar os fundamentos jurídicos expressos e a argumentatividade implícita ao voto do Ministro-Relator, Luís Roberto Barroso, no RE nº 845779, à luz dos referenciais teóricos pre-

1 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

conizados por Nancy Fraser, Axel Honneth, Robert Post e Reva Siegel e seus reflexos na interpretação e na crítica das formas de ativismo judicial que resguardam os direitos das minorias *trans*.

Nesse sentido, os principais problemas enfrentados por este artigo indagam:

- a) em que medida a estratégia discursiva do voto do Ministro-Relator do RE nº 845779, ao invocar o direito à *busca da felicidade*, consagra um conjunto de discursos implícitos vinculados ao paradigma da autorrealização delineado por Honneth?
- b) a *Teoria Crítica do Gênero* de Nancy Fraser revelaria maior alcance teórico para legitimar, filosoficamente, formas de *Constitucionalismo Democrático* suscetíveis de potencializar direitos fundamentais de pessoas *trans*, desconstruindo a estrutura binária do sistema sexo-gênero e confrontando estruturas de poder normalizadoras?
- c) configura papel do *Constitucionalismo* resguardar os pressupostos para a autorrealização ou desconstruir mecanismos que estabelecem a subordinação de *status* na esfera do reconhecimento, da redistribuição e da representação?  
Por fim, averigua-se:
- d) pode o Judiciário resguardar direitos fundamentais de grupos vulneráveis sem anular as condições de legitimidade democrática? Como resolver a oposição entre Constitucionalismo e democracia?

Uma das formas de resolver a tensão entre Constitucionalismo e democracia é a estratégia preconizada pelo *Constitucionalismo Democrático* - que presume que a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos. Na observação de Post e Siegel, todos esses atores têm a responsabilidade de resguardar reciprocamente o cumprimento da Constituição, delineando a cultura constitucional. Assim, na medida em que o constitucionalismo revela-se sensível a cada um desses atores, potencializa-se a legitimidade democrática da Constituição.

Sob essa ótica, enquanto o *Constitucionalismo Democrático* constitui o marco teórico jurídico que legitima determinadas formas de judicialização dialógicas voltadas para proteção de minorias vulneráveis, o debate entre Honneth e Fraser evidencia-se como marco filosófico fundamental capaz de legitimar expressões de *Constitucionalismo Democrático* direcionadas para efetivação de direitos de transexuais.

Como objetivo geral, esta pesquisa pretende investigar - à luz da articulação conceitual entre *Teoria Crítica do Gênero* e *Constitucionalismo Democrático* - os recursos conceituais que potencializam a desconstrução de concepções assimétricas de mundo, confrontando estruturas de poder regulatórias e normalizadoras atreladas ao dismorfismo heteronormativo que estigmatiza pessoas *trans*. Para tal empreendimento, assume relevância o estabelecimento de uma nova teoria sobre o *Constitucionalismo Democrático* adaptada às especificidades de países latino-americanos. Em suma, a versão específica de *Constitucionalismo* que propõe este estudo para países periféricos - como o Brasil - assume a forma de um *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que articula as pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* às concepções de contrapúblicos subalternos e de paridade de participação delineadas por Fraser.

No Brasil, Bento direciona sua análise não para o indivíduo, mas para as relações sociais - especificamente, em como se estrutura, em um campo de poder, um conjunto de discursos que estabelecem o que é normal e o que é patológico.<sup>2</sup> O “dispositivo da transexualidade”, para a autora, representa um conjunto de práticas discursivas que envolvem teorizações, critérios diagnósticos e práticas biomédicas que atribuem à transexualidade o *status* de patologia.<sup>3</sup> Tal dispositivo atua sobre corpos e subjetividades das pessoas *trans* com vistas a comprovar a suposta normalidade da coerência entre sexo, gênero e sexualidade.

2 BENTO, Berenice. *A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

3 Idem.

Nessa perspectiva, no presente artigo, afirma-se a necessidade de recursos normativos e conceituais por meio dos quais o movimento *trans* possa criar redes de contrapúblicos subalternos que possibilitem potencializar a contraposição a regimes regulatórios responsáveis pela patologização do gênero e oportunizem a tematização discursiva de questões controversas - a saber, uso do nome, despatologização, *direito dos banheiros* - criando assim formas renovadas de reconhecimento. Ademais, enfatiza-se, como primeira hipótese, que, somente por meio da circulação de discursos alternativos em públicos subversivos, as normas disciplinares e as estruturas de poder que estabelecem a matriz binária e o dismorfismo heteronormativo podem ser confrontadas e desconstruídas.

Com efeito, tem-se como segunda hipótese para este trabalho a tese segundo a qual, a despeito da preocupação do eminente Ministro-Relator com a efetividade dos direitos de transexuais e do seu conteúdo progressista, sua argumentatividade não revela alcance teórico para desestabilizar a estrutura binária inerente às práticas normalizadoras que estabelecem padrões heteronormativos, posto que pressupõe, implicitamente, o paradigma da autorrealização delineado por Honneth.

Por fim, salienta-se como terceira hipótese que somente uma nova narrativa simbólica - um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* - pode desmascarar assimetrias de poder decorrentes da própria esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais vinculadas a concepções patologizantes e a narrativas heteronormativas.

O primeiro objetivo específico propugna contextualizar brevemente a temática da transexualidade e da despatologização à luz da doutrina nacional. Como segundo objetivo específico, visa-se à análise dos referenciais teóricos de Honneth e de Fraser, para que se possa elucidar como, partindo de aportes teóricos diversos, delineiam o tema do reconhecimento e quais os reflexos filosóficos na investigação da efetivação dos direitos fundamentais de minorias *trans* pelo STF, especificamente no tocante ao conteúdo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779.<sup>4</sup> O terceiro objetivo específico consubstancia-se na proposta de investigar o argumento suscitado pelo Ministro Luís Roberto Barroso relativo ao papel contramajoritário do STF vinculado à concepção material de democracia e sua aproximação conceitual com os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*.

Incorpora-se, então, como quarto objetivo específico a proposta de revelar e criticar a estratégia discursiva implícita pressuposta ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779, com base na estrutura conceitual de Honneth e de Fraser, investigando se tal argumentatividade ainda mostra-se atrelada ao paradigma da autorrealização defendido pelo filósofo alemão. Por fim, o quinto objetivo específico traça os contornos fundamentais da temática da transexualidade à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*.

Para tanto, a pesquisa se fundamenta pelo método monográfico (estudo de caso), incorporando, também, o método da análise discursiva crítica feminista, que pretende desmascarar ideologias de gênero e relações de poder assimétricas que são produzidas, sustentadas e negociadas em diferentes contextos. Indubitavelmente, estas são pressupostas parcialmente na estratégia argumentativa do Ministro Luís Roberto Barroso à medida que este, embora defenda a efetivação do direito sanitário pretendido, ainda se atém a uma estrutura sexual binária.

O método de indução analítica (método de abordagem) também assume relevância no trabalho. De acordo com Deslauriers, trata-se de um procedimento lógico, que consiste em partir do concreto para chegar ao abstrato, delimitando os atributos fundamentais de um fenômeno.<sup>5</sup> Pressupondo a indução analítica, a pesquisa trabalha de *baixo para cima*, iniciando-se pela análise contínua e aprofundada dos fundamentos ex-

4 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf> >. Acesso em 20 de novembro de 2015.

5 DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução Analítica. In: A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 337-354.

pressos no voto do Ministro Luís Roberto Barroso em relação ao RE nº 845779 para estabelecer conceitos e proposições teóricas que se articularão ao caso estudado. As construções explicativas são desenvolvidas pela articulação entre o quadro de referência e o conteúdo do voto.

Por conseguinte, convém, ainda, mencionar que a técnica de pesquisa envolveu a documentação indireta, por meio da investigação bibliográfica assentada nos aportes teóricos de Post, Siegel, Fraser e de Honneth.

## 2. TRANSEXUALIDADE E DESPATOLOGIZAÇÃO E A QUESTÃO DO “DIREITO DOS BANHEIROS POR PESSOAS TRANS”.

Em consonância com o que preconiza *The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - Fifth Edition* (DSM-V) - ou Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais -, as “pessoas cujo sexo de nascimento é contrário ao que se identificam” recebem o diagnóstico de “disforia de gênero” e não de “transtorno de identidade de gênero” (DSM-IV), o que diminui um pouco o estigma suscitado pela expressão *transtorno*. Todavia, a transexualidade, segundo especificam a *American Psychiatric Association* e o *Sexual and Gender Identity Disorders Work Group*, permanece como condição mental sujeita a diagnóstico e a tratamento.

No que concerne à Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), o “transexualismo” foi incluído no rol de transtornos mentais e comportamentais. No Brasil, as resoluções do Conselho Federal de Medicina receberam referidas diretrizes internacionais, direcionando o tratamento médico do “transexualismo”. Na visão difundida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010, o transexual é “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição de fenótipo e tendência a automutilação e/ou extermínio.”

Bento e Pelúcio pontuam que “[...] essa é uma estratégia discursiva que retira a autonomia e não reconhece a condição de sujeitos das pessoas transexuais e travestis.”<sup>6</sup> Também em conformidade com as reflexões de Bento e Pelúcio, o gênero torna-se uma categoria medicalizável sobre a qual incidem instrumentos para curar suas anomalias.

De acordo com a GATE (Ação Global pela Igualdade *Trans*) e a STP (campanha internacional *Stop Trans Pathologization*), a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresentou uma nova proposta sobre saúde *trans* na versão da CID-11. A publicação contempla novas categorias reivindicadas pelo Grupo de Trabalho da OMS: incongruência de gênero na adolescência e na idade adulta e incongruência de gênero na infância. Ambas as categorias integram um novo capítulo da CID-11: o capítulo 6, que trata das “condições relacionadas com a saúde sexual”, como um capítulo separado do capítulo que abarca os “transtornos mentais e de comportamento”.<sup>7</sup>

De fato, a patologização e a matriz binária do sistema sexo-gênero anulam a condição dos transexuais de parceiros nas interações sociais, sendo mais pertinentes os protocolos alternativos e o pleno acesso aos

6 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*, 20 (2), Florianópolis, 2012, p.576.

7 Nesse sentido, a CID-11 será votada somente na Assembleia Mundial de Saúde, no ano de 2017. A GATE e a STP recomendam a análise e o debate sobre a questão que se refere à categoria “incongruência”, a qual poderia repatologizar as questões *trans* na CID-11, defendendo também que o acesso à saúde e o reconhecimento da identidade de gênero são direitos humanos cujo cumprimento não deve depender de categorias diagnósticas. O movimento *trans* tem denunciado as inconsistências e contradições das normas brasileiras que estabelecem o atendimento à saúde por transexuais. No Brasil, tal movimento tem sustentado a necessidade de substituição do termo “transgenitalismo”, a diminuição do requisito da idade para a realização das cirurgias de 21 para 18 anos e a retirada da exigência de dois anos de acompanhamento prévio. O Conselho Federal de Psicologia, na “Nota Técnica ao Processo Transexualizador”, reitera que a transexualidade e travestilidade não constituem “condições psicopatológicas.” Todavia, aludindo à Portaria do Ministério da Saúde n. 1707/2008, o CFP exige a obrigatoriedade da psicoterapia em todo o processo transexualizador. Portanto, o mito do índice de arrependimento ou suicídio da pessoa *trans* após a cirurgia ainda restringe a liberdade em relação ao próprio corpo.

banheiros femininos, que atribuem a esses grupos o papel de protagonistas capazes de participarem de maneira paritária nas interações sociais.

Dentre os argumentos frequentemente invocados no direito nacional e norte-americano contra o direito sanitário pretendido, elencam-se o direito à privacidade e à segurança de determinadas usuárias do banheiro, que sentir-se-iam incomodadas com a presença das transexuais femininas. Em relação à segurança, inexistem evidências efetivas que demonstrem ameaças concretas ou violência às demais usuárias do banheiro, pressupondo autocompreensões assimétricas e estigmatizantes decorrentes de estruturas de poder atreladas ao dismorfismo heteronormativo que estabelecem a subordinação de status.

No que tange ao direito à privacidade, o argumento, também, não se desvela pertinente, uma vez que violaria, igualmente, o referido direito fundamental a proposta de compelir o/a transexual a frequentar o banheiro que não condiga com sua identidade de gênero

O não reconhecimento do direito fundamental à utilização do banheiro resulta em violação ao direito fundamental à autodeterminação, que - na tese que aqui se defende - sintetiza pressuposto para a paridade de participação. No entanto, a questão é: como pode o Constitucionalismo atuar de maneira juridicamente sensível às demandas das minorias *trans*, efetivando direitos fundamentais sem violar os pressupostos democráticos? Nesse ponto, assume relevância o movimento denominado *Constitucionalismo Democrático*.

### **3. O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE Nº 845779 À LUZ DOS APORTES TEÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

Robert Post e Reva Siegel defendem a Teoria do *Constitucionalismo Democrático*, a qual busca analisar e entender a forma como os direitos constitucionais foram instituídos em uma sociedade plural e divergente. Nesse prisma, a divergência interpretativa simboliza um pressuposto normal para a evolução do direito constitucional, não devendo ser refutada, visto que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática.<sup>8</sup>

Para os autores do *Constitucionalismo Democrático*, o direito constitucional é moldado a partir de interações dialógicas que se delineiam entre diversos atores: o governo, o congresso, o tribunal, os movimentos sociais, os partidos. Sustenta-se que cada um tem a responsabilidade pelo efetivo cumprimento das normas constitucionais, contribuindo para delinear o desenvolvimento do direito constitucional. Assim, o constitucionalismo contemporâneo deve ser sensível ou receptivo a essas instâncias, porque sua legitimidade depende dessas interações discursivas.

É premente ponderar que o *Constitucionalismo Democrático* não exclui a política do âmbito do direito. Em contraste, visa equacioná-los entre uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática. Post e Siegel advogam que *backlash* é a expressão do desejo de um povo livre, capaz de influenciar no conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei.<sup>9</sup>

Diferentemente do *Constitucionalismo Popular*, o *Constitucionalismo Democrático* não objetiva afastar a Constituição dos Tribunais, afirmando a centralidade dos direitos constitucionais aplicados judicialmente na política norte-americana. Também - e opostamente ao foco juricêntrico - o *Constitucionalismo Democrático* sublinha o papel fundamental que o envolvimento do público desempenha na orientação e na legitimação das instituições e das práticas de revisão judicial.

8 POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

9 Idem.

Os defensores do *Constitucionalismo Democrático* afirmam ser errôneo equiparar a relação entre concretização judicial constitucional e democracia como um jogo de soma zero, como se o incremento de um suscitasse necessariamente a redução do outro. Com efeito, *como* e *se* um tribunal deve concretizar o direito envolvem um julgamento específico, o que necessita verificação ao nível dos casos individuais, por meio do exercício do raciocínio jurídico.<sup>10</sup>

Post e Siegel ponderam que algum nível de conflito pode ser efeito inevitável da reivindicação de direitos constitucionais, independentemente se tais direitos são concretizados pela legislação ou pela efetivação judicial. Para Post e Siegel, o *backlash* suscitado pela tomada de decisão judicial pode até trazer benefícios para a ordem constitucional norte-americana, pois os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e tentam se convencer, mutuamente, para abraçar seus entendimentos constitucionais.<sup>11</sup>

A postura ativa da Suprema Corte na decisão em *Roe v. Wade*, frequentemente, foi interpretada por muitos doutrinadores como o único fator que teria inspirado o *backlash*, ou o realinhamento dos partidos em torno do aborto e da nacionalização do conflito. Sunstein assevera que a decisão impossibilitou a evolução da opinião pública, esvaziando as bases do engajamento democrático do movimento feminista. A história do *backlash* em torno do aborto no período anterior a *Roe* acarreta uma multiplicidade de indagações que problematizam a tese centrada no ativismo da Corte, o que torna imprescindível a investigação histórica mais profunda sobre as fontes da polarização.

Nas ponderações de Post e Siegel, o *backlash* desempenha papel positivo e democrático, já que seria inerente à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e os movimentos sociais se apropriam do discurso dos princípios constitucionais para se mobilizarem em lutas por ampliação de direitos. Com efeito, o presente trabalho sustenta que o *Constitucionalismo Democrático* revela alcance teórico para incrementar a efetivação de direitos de minorias estigmatizadas quando suas demandas são inviabilizadas pela ausência de valor epistêmico do processo político. Sob esse prisma, ao focar, apenas, em argumentos estreitos e superficiais, o Poder Judiciário pode contribuir para a perpetuação da subordinação de status de minorias estigmatizadas - tão criticada pela teórica Nancy Fraser.

Direcionando-se, agora, para a análise do argumento referente ao papel contramajoritário do STF - suscitado no voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso - percebemos nitidamente uma preocupação crítico-emancipatória que cristaliza o papel civilizatório do direito. O Ministro Luís Roberto Barroso postulou uma concepção substantiva de democracia por meio da qual a Corte deve atuar como guardião dos direitos fundamentais de minorias contra os riscos da tirania da maioria.<sup>12</sup>

Assinalou ser papel do STF garantir que “segmentos alijados do processo majoritário tenham seus direitos fundamentais observados.”<sup>13</sup> Diante dessa estrutura conceitual, consagrou, implicitamente, alguns dos pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*, que defende determinadas virtudes ativas das Cortes, as quais devem exercer uma forma distinta e singular de autoridade, declarando e efetivando os direitos das minorias e dos cidadãos.

No que concerne à ideia de democracia constitucional, Jaramillo informa que a tensão entre democracia e constitucionalismo “sintetiza-se no conceito de democracia constitucional, que transcende a noção puramente formal de democracia e a concepção estritamente procedimental de Constituição.”<sup>14</sup> Em suma, a

10 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

11 Idem.

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

13 Idem.

14 JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre Constitucionalismo y Democracia? Uma Perspectiva

democracia constitucional embora afirme o autogoverno democrático, não pode ser exercida de qualquer forma, posto que deve respeitar os direitos fundamentais.

De acordo com Jaramillo, o progressismo defendido pelo *Constitucionalismo Democrático* é dialógico: ele nem assume concepções populistas e agregativas de democracia - em que prevalece a vontade das maiorias na configuração político institucional - nem se contrapõe ao controle de constitucionalidade. Os tribunais não devem ter a última palavra na interpretação da Constituição, posto que a realização das normas constitucionais “adquire sua legitimidade e sua efetividade como produto de um diálogo progressivo”.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, Gargarella ressalta que o Judiciário deve dialogar com o Legislativo, com a administração pública e com os movimentos sociais com o intuito de definir o sentido do texto constitucional. Por sua vez, ao Judiciário não cabe nem a primeira nem última palavra, mas o trabalho conjunto com atores políticos na definição do significado da Constituição, invocando valores progressistas.<sup>16</sup>

Post e Siegel compreendem que não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição e as virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais. Ambos realizam papéis fundamentais na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais. Em princípio, a Suprema Corte só pode efetivar normas constitucionais pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular.

Não obstante, em determinadas circunstâncias, a Corte pode atuar em sentido contrário à vontade popular, uma vez que tal papel proativo não representa postura autoritária. Além disso, a interpretação é justificável se a postura proeminente da Suprema Corte estiver fundamentada na proteção dos compromissos fundamentais assumidos pelo próprio povo e sob a ameaça de violação por maiorias eventuais.<sup>17</sup>

Tal interpretação aproxima-se da preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso, no que concerne ao papel contramajoritário do STF. No entanto, a decisão proativa das Cortes é passível de superação pelo debate democrático, que pode inspirar uma Emenda Constitucional ou a retomada de uma discussão jurídica nova.<sup>18</sup>

Como já salientado, em concordância com o pensamento de Post e Siegel, os cidadãos esperam que os tribunais resguardem valores sociais importantes, restringindo o governo sempre que este ultrapassar as limitações constitucionais. A autoridade constitucional, para fazer cumprir a Constituição, em última análise, pressupõe a confiança dos cidadãos. Com efeito, sustenta-se, à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que, quando o processo deliberativo não assume seu papel efetivamente democrático, o Judiciário - diante das reivindicações dos movimentos sociais - pode demonstrar sensibilidade jurídica diante de tais demandas para alcançar a plenitude da paridade de participação, efetivando direitos de grupos vulneráveis, ainda que por meio de processos decisórios com contornos maximalistas.

No momento, assinala-se que a divergência interpretativa seria, para a corrente do *Constitucionalismo Democrático*, um pressuposto intrínseco ao desenvolvimento do direito constitucional, resguardando o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer com que a Constituição seja efetivada ao mesmo tempo em que confirma o papel do Judiciário em utilizar o raciocínio jurídico profissional para a interpretação da Constituição.

---

desde el Constitucionalismo Democrático. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 73, 2015. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/41005>>. Acesso em: 13.01.2015

15 JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático-Por uma Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

16 GARGARELLA, Roberto. Presentación. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

17 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

18 Idem.

Com isso, é essencial complementar as breves considerações teóricas descortinadas com base nos pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* com as contribuições de *Teoria Crítica do Gênero* de Nancy Fraser e sua crítica à essencialização identitária com vistas à necessidade de superação de padrões binários heteronormativos.

#### 4. O DEBATE HONNETH-FRASER

A estratégia conceitual de Honneth é renovar a teoria crítica por meio do giro teórico do reconhecimento. Pretende delinear uma nova Teoria da Justiça por meio da categoria do reconhecimento que revelaria maior alcance e pertinência às formulações da Teoria Crítica, possibilitando perceber a base motivacional das lutas sociais.

Pretendendo explicar as experiências sociais de injustiça na sociedade, resgata os escritos do jovem Hegel e sua contraposição à perspectiva estratégico-instrumental da realidade sociopolítica. Mas em contraposição a Hobbes, para Honneth, o conceito de luta social não encontra fundamento somente na luta entre interesses materiais em oposição. Diferentemente, o conceito de luta social está atrelado também aos sentimentos morais de injustiça que surgem das experiências de ausência de reconhecimento.<sup>19</sup>

A experiência de não ser reconhecido inspira a vulnerabilidade de determinados indivíduos e a injustiça pode se converter na base motivacional da luta social. Consoante Fascioli, todas as mudanças sociais (e boa parte delas) são inspiradas por “[...] lutas moralmente motivadas de grupos sociais que pretendem coletivamente obter um maior reconhecimento mutuo institucional e cultural.”<sup>20</sup> Contudo, para ter potencial de mobilização dos movimentos sociais, é essencial que a ofensa que atinge um indivíduo seja passível de universalização em uma linguagem comum, suscitando a efetiva mobilização política. Honneth incorpora as ideias de Dewey, para quem os sentimentos são interpretados como “[...] a repercussão afetiva do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas.”<sup>21</sup>

Honneth, em *Luta por Reconhecimento*, elenca três formas de reconhecimento - a dedicação emotiva (o amor), o autorrespeito (o direito) e a estima social (solidariedade) - as quais revelam o poder de suscitar três formas de desrespeito, que são pressupostos para conflitos sociais.<sup>22</sup>

Nos primeiros meses de vida, o bebê se percebe como parte da mãe, vislumbrando uma unidade simbiótica, mas de forma progressiva, vai aprendendo a autocompreender-se como ser independente. Quando a mãe vai, progressivamente, retornando às suas atividades rotineiras, o bebê rebela-se contra tal independência, dirigindo contra a genitora atos agressivos. Cristaliza-se uma luta por reconhecimento, pois “[...] só na tentativa de destruição da mãe, ou seja, na forma de uma luta, a criança vivencia o fato de que ela depende da atenção amorosa de uma pessoa, existindo independentemente dela, como um ser com pretensões próprias.”<sup>23</sup>

Configura-se “[...] a medida de autoconfiança individual, que é a base indispensável para a participação autônoma na vida pública.”<sup>24</sup> Segundo Bunchaft, Honneth pondera que, após a evolução nos estudos psicanalíticos sobre o desenvolvimento da personalidade humana, “[...] seria intrínseco às relações afetivas entre mãe e filho uma articulação entre autonomia e ligação, porquanto, como leciona Hegel, o amor deve ser compreendido como ‘um ser-si-mesmo em um outro.’”<sup>25</sup>

19 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

20 FASCIOLI, Ana. Justicia Social em clave de capacidades y reconocimiento. Areté-Revista de Filosofia, vol. 33, n. 1, p. 53-77, 2011, p. 56.

21 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 221.

22 Idem.

23 Idem, p. 170.

24 Idem, p.178.

25 BUNCHAFIT, Maria Eugenia. Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados: Filosofia Constitucional do Reconhecimento. Cu-

Resgatando o pensamento de Winicott, distancia-se das linhas psicanalíticas que interpretam a criança como objeto de investigação independente. Honneth, apoiando-se em pressupostos intersubjetivos, sustenta que o amor constitui uma forma de reconhecimento que floresce em razão do modo específico pelo qual o sucesso “[...] das ligações afetivas se torna dependente da capacidade, adquirida na primeira infância, para o equilíbrio entre a simbiose e a auto-afirmação.”<sup>26</sup>

Apenas na medida em que direitos universais são atribuídos aos membros dos grupos sociais de maneira isonômica a todos os seres humanos, independentemente de uma ordem de status, que se pôde alcançar a ideia de autorrespeito. A partir do reconhecimento jurídico, surgiu uma esfera marcada pela possibilidade de autocompreensão positiva em relação a si mesmo. Honneth relata a luta do movimento negro por direitos civis na década de 1950 e de 1960 como reflexo do “[...] significado psíquico que o reconhecimento jurídico possui para o autorrespeito dos grupos excluídos.”<sup>27</sup>

Já a estima social “[...] se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais.”<sup>28</sup> A estima configura um *medium* social que remete às diferenças de atributos entre os seres humanos de maneira intersubjetivamente vinculante. A estima, assim, consubstancia em forma de integração social que investiga as contribuições positivas dos indivíduos para a concretização de metas sociais em uma comunidade de valores. À vista disso,

[...] sob condições das sociedades modernas, a solidariedade está ligada ao pressuposto das relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum.<sup>29</sup>

Em consonância com as ideias de Honneth, o fundamento motivacional das lutas por reconhecimento são os sentimentos morais de vergonha e de desprezo, os quais, também, pressupõem a esfera social na qual os indivíduos estão inseridos.

Para chegar a uma autorrelação bem-sucedida, ele depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações; se uma tal forma de assentimento social não ocorre em alguma etapa de seu desenvolvimento, abre-se na personalidade como que uma lacuna psíquica, na qual entram as reações emocionais negativas como a vergonha ou a ira. Daí a experiência do desrespeito estar sempre acompanhada de sentimentos afetivos que, em princípio, podem revelar ao indivíduo que determinadas formas de reconhecimento lhe são socialmente denegadas.<sup>30</sup>

Porém, em *Direito da Liberdade*, Honneth passou a sustentar que as três esferas de reconhecimento descritas em *Luta* são expressões da liberdade, que é hierarquicamente superior àquelas.<sup>31</sup> Desde *Sofrimento de Indeterminação*, Honneth<sup>32</sup> passou a fundamentar-se nos *Princípios da Filosofia do Direito* de Hegel, reformulando seu posicionamento em relação às obras deste e assumindo como sua principal inspiração a filosofia hegeliana da maturidade.

Como se sabe, algumas teorias da justiça puramente normativas estabelecem princípios de abstratos independentemente e de forma transcendente ao contexto. Outros teóricos, de inspiração hegeliana, procuram estabelecer a ideia de justo de forma imanente ao contexto social. Para Honneth, a ideia de justiça não pode ser assumida de forma independente, transcendente ao contexto, às práticas e às instituições. Nas

ritiba: Juruá, 2014, p. 61.

26 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 163.

27 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 198.

28 Idem, p. 199.

29 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 210.

30 Idem.

31 Honneth, apud SOBBOTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovanni. Justificação, Reconhecimento e Justiça: tecendo Pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. Civitas. Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.

32 HONNETH, Axel. Sofrimento de Indeterminação. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

ponderações do autor, se a própria sociedade percebe a injustiça no processo histórico, não seria possível estabelecer e identificar tal experiência de forma transcendente ao contexto. É precisamente nesse sentido que critica a Teoria da Justiça Rawlsiana, a qual assume a possibilidade de justificar princípios normativos independentemente da história.<sup>33</sup>

Fraser, por sua vez, interpreta as reivindicações por reconhecimento como reivindicações de justiça que, portanto, se integram à esfera da moralidade. Diferentemente do modelo psicológico de Honneth - em que o não reconhecimento se apresenta como depreciação de identidade -, sua estratégia teórica é interpretar as reivindicações de reconhecimento por meio de uma estrutura deontológica. As injustiças provenientes da subordinação de *status* só podem ser desestabilizadas pela política de reconhecimento que conduza não à essencialização identitária, mas à sua desconstrução.<sup>34</sup>

Em suma, para Fraser, o modelo de *status* “permite a cada um justificar alegações por reconhecimento como moralmente vinculantes sob condições modernas de pluralismo valorativo.”<sup>35</sup> Depreende que a estratégia que tenta justificar reivindicações de reconhecimento identitárias associadas a concepções de autorrealização inspira a perspectiva sectária. Nas reflexões da filósofa, “o modelo de status é deontológico e não sectário”, pois “não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para uma concepção de justiça que pode - e deve - ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem”.<sup>36</sup>

O modelo de *status* de Fraser rompe com a abordagem psicológica inerente ao paradigma da autorrealização - delineado por Honneth - pois minimiza os padrões institucionalizados de desvalorização cultural que impedem os indivíduos de se tornarem parceiros plenos na esfera da paridade de participação. A estratégia conceitual de Fraser é desconstruir “leis matrimoniais que excluem parceiros do mesmo sexo como ilegítimos e perversos, políticas de bem-estar social que estigmatizam mães-solteiras como parasitas sexualmente irresponsáveis, e práticas policiais tais como os perfis raciais que associam pessoas racializadas à criminalidade”.<sup>37</sup>

Em *Scales of Justice*, a estrutura bidimensional é reformulada, passando a conglobar uma terceira dimensão da justiça: o *político*. Obstáculos políticos à paridade de participação têm impacto nos processos políticos decisórios que discriminam pessoas independentemente da existência de problemas de má distribuição ou de falso reconhecimento. O remédio para essa terceira forma de injustiça é a democratização.<sup>38</sup>

A terceira dimensão da justiça também remete à proposta de explicar as injustiças no plano metapolítico/global, que se consubstanciam quando há o estabelecimento da divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente. Pergunta-se, então: como delimitar adequadamente o enquadramento de forma a garantir que a justiça seja efetivamente justa? Presenciam-se injustiças de enquadramento, que florescem quando não membros “[...] são excluídos do universo daqueles merecedores de reconhecimento dentro da entidade política no que tange a questões de distribuição, reconhecimento e representação política ordinária.”<sup>39</sup> Com efeito, como injustiça de enquadramento, em nível transnacional, cita-se a globalização da pobreza que ultrapassa as fronteiras territoriais.

Nesse ponto, o *político* é a arena em que as lutas por redistribuição ou por reconhecimento são desenvolvidas. Tal dimensão da justiça associa-se ao procedimento e à demarcação de fronteiras no espaço político.

33 SOBBOTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovanni. Justificação, Reconhecimento e Justiça: tecendo Pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. Civitas. Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.

34 FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange. London: Verso, 2003a, p.23.

35 FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics, op.cit., p. 30.

36 Idem, p. 31.

37 FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics, op.cit., p. 29-30.

38 FRASER, Nancy. Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

39 Idem, p. 22.

Quando as delimitações de fronteiras no espaço político ou as regras do procedimento decisório impossibilitam que alguns indivíduos participem das interações sociais em condições de igualdade com outros indivíduos, surge a injustiça política. A dimensão do político remete à inclusão ou à exclusão da comunidade e à distribuição de legitimidade de indivíduos que poderiam ter a prerrogativa de fazer reivindicações de justiça quanto ao reconhecimento e à redistribuição.

Em um segundo nível, verifica-se se os processos decisórios da comunidade atribuem a todos os membros oportunidade de manifestação e justa representação nas deliberações democráticas e mecanismos de tomada de decisão. Com o enquadramento Keynesiano Westfaliano estabelecido, envolvidos na disputa sobre *o que* da justiça não sentiam necessidade de problematizar o *quem*, pressupondo-se que este corresponderia aos cidadãos nacionais.<sup>40</sup> Esse enquadramento vem se revelando contrafactual a partir da globalização e do contexto político mundial Pós-Guerra Fria. Muitas vezes, decisões assumidas em um Estado produzem efeitos que transcendem as fronteiras territoriais, causando impacto na vida indivíduos que se situam fora delas e criando formas específicas de subordinação de *status*.

É patente a centralidade das organizações internacionais e supranacionais e da opinião pública transnacional que se delinea independentemente dos limites territoriais. De fato, percebe-se que os transexuais, no mundo inteiro, mobilizam-se em campanhas de reforma das legislações internacionais que consagram categorias diagnósticas patologizantes. Como salienta Bento, “A luta pela despatologização da transexualidade e a luta para retirada do CID de todas as classificações relacionadas ao gênero (travestilidades, fetichismos, transexualidade) é uma das pautas da contemporaneidade que unificam teóricas (os) em várias partes do mundo.”<sup>41</sup>

Não obstante tais grupos estarem sujeitos a formas de subordinação de *status* dentro dos limites territoriais, também estão se articulando em diásporas *queer* e se engajando em contrapúblicos subalternos - situados em um enquadramento Pós-Westfaliano e suscetíveis à mobilização da opinião pública internacional. Ademais, como salientam Bento e Pelúcio, há mais de 100 organizações e quatro redes internacionais na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do Sul que estão mobilizadas na luta contra a retirada da transexualidade do DSM e da CID.<sup>42</sup>

A circulação de discursos de oposição de minorias sexuais não hegemônicas excluídas da esfera pública oficial - como transexuais e travestis - tem, progressivamente, desconstruído mecanismos institucionais nas esferas do reconhecimento, da redistribuição e da representação que impedem a princípio da paridade de participação de transexuais, superando o déficit de liderança política de tais grupos. Paulatinamente, há um maior protagonismo político das lideranças das ONGs que representam grupos transexuais e travestis.<sup>43</sup>

Esse recente processo de amadurecimento político do movimento é viabilizado por contrapúblicos subalternos situados em uma esfera pública transnacional Pós-Westfaliana. A partir da práxis discursiva das identidades *trans*, em um enquadramento Pós-Westfaliano, o movimento tem reivindicado o slogan de que a identidade de gênero é uma questão de direitos humanos, o que pode ser elucidado com base no referencial teórico de Fraser, assumindo a perspectiva de Fraser<sup>44</sup>, mas relacionando-a à interpretação de Bento<sup>45</sup>, sustenta-se que a proposta de desvincular o gênero do âmbito do saber biomédico representa um passo fundamental para reconhecer o *status* das pessoas transexuais como parceiras plenas e capazes de participarem

40 FRASER, Nancy. Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world, op.cit.

41 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. Estudos Feministas, 20 (2), Florianópolis, 2012, p. 110.

42 BENTO, Berenice. A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

43 BUNCHAFT, Maria Eugenia. Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2015.

44 FRASER, Nancy. Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

45 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. Estudos Feministas, 20 (2), Florianópolis, 2012, p.569-581.

no mesmo nível que os outros nas interações sociais.

Portanto, “não é apenas a substância da justiça, mas também o enquadramento que está em disputa. O resultado é um desafio maior para as nossas teorias sobre justiça social.”<sup>46</sup> Estabelecendo regras de decisão, a terceira dimensão da justiça - o político - estabelece procedimentos e mecanismos decisórios por meios dos quais questões de redistribuição e de reconhecimento são resolvidas. Nas afirmativas de Fraser, “ela revela não apenas *quem* pode fazer reivindicações por redistribuição e reconhecimento, mas também *como* tais reivindicações devem ser introduzidas no debate e julgadas.”<sup>47</sup>

Sob esse prisma, segundo Bunchaft<sup>48</sup>, atualmente, tramitam no Congresso Nacional diversos projetos que lei que tratam dos direitos dos transexuais, como, por, exemplo, os Projeto de Leis 2.976/08<sup>49</sup>, 1.281/11<sup>50</sup>, 658/11<sup>51</sup> e 4.241/12<sup>52</sup>

Enquanto tais propostas legislativas não são aprovadas, o Judiciário supre a lacuna legal. Sob esse aspecto, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, contemplando a terceira dimensão da justiça - a representação - a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando a atuação dos órgãos políticos não atende às expectativas normativas de minorias insulares, em razão da insuficiência de representação de grupos vulneráveis, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o deficit inerente às suas condições de abertura e de participação.

A questão fundamental é analisar se tais formas de *Constitucionalismo Democrático* vinculam-se ao princípio da paridade de participação ou ao paradigma da autorrealização. Para tal empreendimento, importa aprofundar a reflexão sobre o debate Honneth-Fraser, que assume especial relevância na investigação do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

46 FRASER, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009, p. 16.

47 Idem p. 19.

48 BUNCHAFT, Maria Eugénia. *Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2015.

49 DIOGO, Cida. Projeto de Lei 2976/08. Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei 6.015 de 31 de Dezembro de 1973, que dispõe sobre registros públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386164>>. Acesso em: 13.10.2013.

50 LIMA, João Paulo. Projeto de Lei da Câmara 1.281/11. Dispõe sobre a mudança de prenome da pessoa transexual que realizar cirurgia para troca de sexo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=501425>>. Acesso em: 13. 10. 2013.

51 RODRIGUES, Romero. Projeto de Lei do Senado 658/11. Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=103053](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103053)>. Acesso em: 13 out. 2013.

52 KOKAY, Erica. Projeto de Lei da Câmara 4.241/12. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552237>>. Acesso em: 13.10.2013. Outrossim, a principal proposta legislativa é o Projeto de Lei nº 5.002/2012, que tramita na Câmara dos Deputados, estabelecendo o direito à identidade de gênero, concebida como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (art. 2º). Segundo esse projeto, o SUS e os planos de saúde estariam obrigados a custear tratamentos hormonais integrais e cirurgias de transgenitalização a todos os interessados maiores de 18 anos. Esses últimos não estariam obrigados a satisfazer qualquer requisito relativo a um tipo de diagnóstico, tratamento ou autorização judicial. Além disso, o projeto prevê que os maiores de 18 anos podem mudar o prenome independentemente de autorização judicial. E libera também para estes a mudança do *status* sexual nos documentos pessoais com ou sem cirurgia. Sob esse aspecto, permite a manutenção dos números dos documentos, omitindo-se os nomes originais. Nas hipóteses de tratamento hormonal, cirurgia de transgenitalização e de mudança de nome e de sexo nos documentos, se o interessado for menor de dezoito anos, é necessário requerimento dos pais ou representantes legais. Se este se opuser, o adolescente pode recorrer à defensoria pública para requerer a autorização judicial mediante procedimento sumário. Até 3 de maio de 2016, o projeto encontrava-se na comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, tendo sido designado como relator o Deputado Luiz Couto, que deu parecer favorável à aprovação, com emenda.

## 2. REFLEXÕES FILOSÓFICAS SOBRE O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE Nº 845779 À LUZ DO DEBATE HONNETH-FRASER

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia seu voto estabelecendo a sofisticada diferenciação entre igualdade formal, igualdade material (demandas por distribuição de poder riqueza e bem-estar) e igualdade como reconhecimento - que, para o Ministro, representa “o respeito devido às minorias, suas identidades e suas diferenças sejam raciais, religiosas sexuais ou quaisquer outras.”<sup>53</sup> Afirma que o papel do Estado e da sociedade, em uma democracia, “[...] é assegurar o máximo de igualdade possível a todas as pessoas, dentro de um regime de liberdade.”<sup>54</sup> Ao invocar a igualdade como reconhecimento, resgata explicitamente - embora, de forma parcial - o pensamento de Nancy Fraser<sup>55</sup>, quando doutrina que o remédio contra discriminação envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença.

Diante dessa estrutura conceitual, reflete que todos os indivíduos têm direito ao igual valor moral, o qual fundamenta a igualdade como reconhecimento. Nesse ponto em particular, aparentemente assume uma perspectiva deontológica. Em um primeiro momento, aduz que a perspectiva da igualdade como reconhecimento pretende “[...] combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam e estigmatizam certos grupos sociais e que, desse modo, diminuem, ou negam, às pessoas que os integram, seu valor intrínseco como seres humanos.”<sup>56</sup> No entanto, posteriormente revelará uma ambiguidade conceitual, desvinculando-se do paradigma deontológico em seguida, quando invoca o argumento teleológico da *busca da felicidade*.

Confirma-se que tal argumentatividade reflete um conjunto de discursos implícitos que essencializam a identidade *trans* e consagram a ideia de reconhecimento como autorrealização - insuscetível de superar o binarismo sexual. Nesse panorama, partindo-se da distinção entre sexo e gênero, o Ministro deslinda, expressamente, que os transgêneros são aquelas pessoas que “não se identificam plenamente com o gênero atribuído culturalmente ao sexo biológico.”<sup>57</sup> Em suma, o eminente Ministro, embora tenha se preocupado com a efetivação do direito sanitário pretendido, desconsidera que o sexo é uma categoria construída sócio-historicamente.

Argumenta que podem sentir “por exemplo, que pertencem ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum dos dois gêneros.”<sup>58</sup> No caso em tela, segundo Nicholson, com a terceira fase do movimento feminista, o binarismo feminino/masculino é substituído pela compreensão mais ampla, em que o sexo não pode ser independente do gênero, uma vez que deve ser algo que possa ser subsumido pelo gênero.<sup>59</sup> Butler, nessa fase, explica que tanto sexo como gênero passam a ser concebidos como categorias construídas sócio-historicamente.

Ainda na década de 1980, com o surgimento da Teoria *Queer*, havia uma problematização acerca da Teoria do Binarismo, o que refletiu a multiplicidade de identidades, de vivências e de expressões sexuais possíveis e existentes, questionando-se a ideia de sexualidade desviante. A Teoria *Queer* presume a interpretação antiessencialista de sexualidade, avaliando criticamente as políticas de identidade. A ideia é distanciar-se dos estudos de lésbicas e *gays*, direcionando seu foco para as minorias sexuais não hegemônicas, voltadas para a

53 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transsexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf> >. Acesso em 20 de novembro de 2015.

54 Idem.

55 FRASER, Nancy, Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice. World Culture Report, 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism. UNESCO Publishing, 2000, p. 48-57.

56 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, op.cit.

57 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015, op.cit.

58 Idem.

59 NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. Revista de Estudos Feministas. Santa Catarina, v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000.

transformação social e a ruptura com as normas assimétricas socialmente estabelecidas de comportamento sexual, como o travestismo e a transexualidade.

Nesse quadro teórico, os estudos pós-modernos, partindo de pressupostos teóricos semelhantes aos apontados pela Teoria *Queer*, ponderam, também, que as identidades não são perfeitas, fixas, estáveis, coerentes, unificadas, definitivas. Silva<sup>60</sup> descreve que as identidades são instáveis, contraditórias, fragmentadas, inacabadas, portanto, é possível delinear uma compreensão renovada que desconstrói a divisão binária dos sexos, tendo em vista a multiplicidade de expressões identitárias da sociedade contemporânea.

Fraser<sup>61</sup>, por sua vez, contrapondo-se aos remédios afirmativos, se opõe ao binarismo homem-mulher (ou hétero-homo), propugnando desestabilizar o sistema binário de diferenciação sexual que foi expresso, por exemplo, no discurso implícito ao voto da decisão da Ministro Barroso no RE nº 845779.<sup>62</sup> O reconhecimento afirmativo, direcionado para reparar a injustiça contra homossexuais e transexuais na cultura, engloba a valorização da cultura LGBT, entretanto inspira a reificação identitária, enquanto deixa intacto o código binário homem-mulher que atribui sentido à relação. Assim, a decisão do Ministro contém argumentatividade implícita que reflete remédios afirmativos - tão criticados por Fraser.

Diante do exposto, compreende-se que a estratégia argumentativa ainda reflete a interpretação binária do sistema sexo/gênero - que é questionada também por Fraser - expressa no voto do Ministro-Relator. O binarismo de gênero - enquanto prática aparentemente neutra e sem intenção discriminatória - tem impacto diferenciado e estabelece efeitos capazes de subordinar transexuais femininas.<sup>63</sup>

Em suma, não é coerente defender a não proibição do uso de banheiros por transexuais e, simultaneamente, invocar a fundamentação teórica atrelada à estrutura binária, a qual engloba pressupostos aparentemente neutros, mas vinculados a padrões heteronormativos - que inspiram sutilmente efeitos estigmatizantes. Com efeito, depreende-se a relevância da necessidade de desconstrução da referida estrutura binária por meio de remédios transformativos estabelecidos em contrapúblicos subalternos. É nesses públicos subversivos que os indivíduos *trans* poderiam tematizar assimetrias da esfera pública oficial que institucionalizam padrões de valores culturais responsáveis pela subordinação de *status*.

Conclui-se, com base nas ponderações de Fraser, pela necessidade de desconstrução da dicotomia hétero-homo, desestabilizando todas as identidades sexuais, o que somente se concretizaria por meio da presença de certos públicos concorrentes que potencializam a circulação de discursos de oposição de grupos excluídos da esfera pública oficial (cujos exemplos são transexuais e travestis).

Fraser pretende revelar como, em processos democráticos da esfera pública, grupos sociais com desigualdade de poder desenvolvem estilos culturais que são desigualmente valorados.<sup>64</sup> A presença de segmentos do movimento feminista que não consideram mulheres transexuais como tais demonstra as desigualdades de poder nos processos discursivos da esfera pública oficial. Com efeito, as reivindicações de transexuais não se destinam, exclusivamente, aos Estados nacionais nem são tematizadas, apenas, nas esferas públicas nacionais.

De acordo com Bunchaft, a multiplicidade de públicos concorrentes - especificamente no Brasil - proporcionou avanços relevantes nos debates sobre o direito à saúde de transexuais, por meio de acordos e de

60 SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu. (org.). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.

61 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia Hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB, 2001.

62 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015, op.cit.

63 RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice. Direitos Humanos, transexualidade e o direito dos banheiros. *Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 12, 2015.

64 FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.

articulações entre o movimento social de transexuais e o Ministério da Saúde.<sup>65</sup>

O Ministro invocou, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo jurídico inclui:

- a) o valor intrínseco de todos os seres humanos;
- b) a autonomia de cada indivíduo;

O valor intrínseco de todo ser humano pressupõe o princípio do imperativo categórico de que cada pessoa é um fim em si mesmo. No plano jurídico, o valor intrínseco está na base de uma série de direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à igualdade.

Já a dignidade como autonomia implica “o plano filosófico, o livre arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem suas escolhas existenciais e desenvolverem sua personalidade.”<sup>66</sup> Em síntese, remete à possibilidade de cada indivíduo escolher sua concepção de vida boa. Nessa perspectiva, “Deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua identidade de gênero em todos seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência.”<sup>67</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao sustentar o *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, propugna-se que, justamente em razão de o Tribunal interpretar a Constituição - e porque os cidadãos se engajam em lutas para convencer-se mutuamente acerca do significado da Constituição -, tais práticas comunicativas de interpretação constitucional inseridas em um enquadramento Pós-Westfaliano fortalecem a paridade de participação de minorias estigmatizadas. Se a paridade de participação contempla a noção de processo, que especifica um padrão procedimental por meio do qual surge a possibilidade de avaliar a legitimidade democrática das normas, então essa reflexividade também congloba processos hermenêuticos de interpretação constitucional. Esse fato singular, então, se cristaliza porque os movimentos sociais contribuem para mudar o ambiente normativo no qual os princípios constitucionais são interpretados, inspirando mutações constitucionais.

Quando a deliberação estiver desprovida de condições que caracterizem seu valor epistêmico, o Judiciário pode inspirar uma nova narrativa simbólica, um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* capaz de transformar a imaginação política da sociedade, suscitando um processo sofisticado de articulação da diferença em uma cultura constitucional aberta e inclusiva. É por meio de contrapúblicos subalternos que as minorias *trans* têm criado arenas discursivas paralelas, não apenas de tematização das assimetrias da esfera pública oficial, mas também de florescimento de influxos hermenêuticos-paritários sobre a Constituição que demonstram o aspecto positivo do *backlash*.

Não obstante, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* incorpora como preocupação central a análise específica e atenta das estruturas de poder que perpassam os processos deliberativos. Nesse sentido, resgata a abordagem de Fraser, que confronta diretamente o poder, identificando e tematizando práticas sociais de deliberação em sociedades que estabelecem concepções assimétricas de mundo.

O conceito central de Fraser - o princípio da paridade de participação - examina a justiça procedimental do processo dialógico, problematizando discursivamente as relações de poder inerentes à deliberação. Ademais, problematiza a justiça substantiva dos resultados do debate. No mesmo ponto de vista, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, potencializando práticas comunicativas de interpretação constitucional dos

65 BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2015.

66 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015.

67 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015, op.cit.

movimentos sociais e sua interação com o Judiciário, mensura a injustiça procedimental e substantiva, desconstruindo assimetrias de poder e mecanismos institucionais que impedem a paridade de participação de minorias estigmatizadas.

Indivíduos *trans* estão se engajando e reivindicando a categoria de parceiros plenos nas interações sociais, contrapondo-se à subordinação de *status*. À vista disso, somente a desinstitucionalização de padrões de valores culturais transfóbicos - vinculados a saberes biomédicos e a concepções normalizadoras de sexo e gênero - pode validar a paridade de participação desses grupos.

Disso infere a centralidade dos contrapúblicos subalternos, enquanto esferas públicas paralelas nas quais cristalizam-se desde interpretações alternativas de grupos marginalizados da esfera pública oficial até impulsos hermenêuticos-interpretativos dos movimentos sociais que propugnam desconstruir práticas aparentemente neutras, mas com impacto desproporcional em relação a grupos vulneráveis.

Com isso, em arenas discursivas subalternas se estabelecem debates a respeito de questões como, por exemplo, a possibilidade de uso dos “banheiros neutros”, do ponto de vista de gênero, destinados, apenas, a transexuais. Essa estratégia tem se revelado como prática estigmatizante, que viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, constitui mecanismo aparentemente neutro, porém que inspira discriminação inconstitucional e efetiva subordinação de *status*.

Os movimentos sociais, resgatando o discurso dos princípios constitucionais de abertura argumentativa - mas inspirados pela opinião pública, cada vez mais transnacional - problematizam injustiças de metanível por meio da reconfiguração do *quem* da justiça. E o Judiciário responde a essas demandas de forma juridicamente sensível.

A mudança do paradigma epistemológico biológico para o psicológico ainda não demonstrou potencial para desconstruir a matriz binária e o dimorfismo heteronormativo do sistema sexo-gênero. Os indivíduos, ainda, permanecem sujeitos a um processo de categorização sexual que incorpora uma estratégia discursiva decorrente de uma estrutura binária do sistema sexo-gênero. A preocupação com a descoberta da identidade sexual dos indivíduos faz parte de um conjunto de saberes científicos que, embora englobe o paradigma psicológico, ainda presume a irreversibilidade sexual.

Na medida em que surgem cidadãos politicamente ativos na interpretação da Constituição - engajados em contrapúblicos subalternos hermenêuticos -, o Judiciário pode responder a essas reivindicações, reconstruindo práticas sociais vigentes e padrões heteronormativos normalizadores.

A Constituição simboliza uma construção social e aberta aos influxos hermenêuticos dos movimentos sociais, e não se pode minimizar o papel da opinião pública transnacional e da esfera pública Pós-Westfaliana na influência da postura ativa do STF. É por meio de mobilizações e de contramobilizações em contrapúblicos subalternos - inclusive, em esferas públicas transnacionais - que os movimentos sociais, as minorias e os cidadãos moldam o desenvolvimento do direito constitucional.

Fraser possui recursos conceituais que revelam maior alcance teórico para interpretar e criticar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779, uma vez que defende uma teoria feminista que se opõe à essencialização identitária e ao binarismo de gênero, sem, porém, anular a autonomia do sujeito, assumindo como objetivos a descrição das desigualdades e a formulação de um projeto emancipatório, por meio de contrapúblicos subalternos. Aqui, o referencial teórico de Fraser é democraticamente informado, pressupondo uma crítica ao binarismo sexual que é, ao mesmo tempo, situada e autorreflexiva, oportunizando compreender criticamente o teor do verdadeiro sentido do voto do Ministro Barroso no RE nº 845779.

Fraser aponta o Fórum Social Mundial como expressão da atuação de movimentos antissistêmicos e de militância independente que se inserem na estratégia de construção de contrapúblicos contra-hegemônicos que oportunizam a formação discursiva da opinião e da vontade, independentemente das esferas do poder

institucionalizado.<sup>68</sup> A Constituição, - enquanto construção social permanente –, assume que a interpretação dos princípios não pode minimizar os *insights* crítico-reflexivos da opinião pública transnacional.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* concebe Constituição como uma construção social aberta aos diálogos transnacionais inspirados por uma esfera pública Pós-Westfaliana, de forma que as demandas mais radicais de grupos da sociedade civil nacional e global e do movimento LGBT não serão neutralizadas pelas maiorias políticas parlamentares. A ideia de contrapúblicos subalternos pode promover o autogoverno e as práticas emancipatórias de movimentos ativistas da sociedade civil global, com reflexo no desenvolvimento da cultura constitucional.

Logo, com o propósito de evitar que as instituições formais - se transnacionais ou nacionais – limitem, o *imput* dos movimentos sociais, incorporando o último em um processo autopoietico, é fundamental um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* capaz de evitar a lógica da cooptação, a qual permeia questões controvertidas como o uso dos *banheiros neutros* ou a necessidade do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero como requisito para acesso gratuito ao Sistema Único de Saúde (SUS). Exemplificativamente, muitos ativistas receiam que, com a despatologização, possa ocorrer a perda de determinados direitos, como a garantia do acesso gratuito ao processo transexualizador do SUS.<sup>69</sup> Tais fatos demonstram que uma teoria crítica do reconhecimento deve inspirar uma reflexão sobre a seguinte questão fundamental: como evitar relações de poder político-sociais arbitrarias? O paradigma da autorrealização não responde a essa indagação.

Com efeito, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* demonstra especial alcance teórico para identificar mecanismos aparentemente neutros por meios dos quais as estruturas de poder dominantes manipulam seus argumentos - como por exemplo, reconhecendo o direito sanitário ao uso dos banheiros por transexuais, mas vinculando-se à matriz binária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015.

BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*, 20 (2), Florianópolis, 2012, p.569-581.

BENTO, Berenice. *A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2015.

DESLAURIERS, Jean-Pierre. *A Indução Analítica*. In: *A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 337-354.

DIOGO, Cida. Projeto de Lei 2976/08. Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei 6.015 de 31 de Dezembro de 1973, que dispõe sobre registros públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386164>>. Acesso em: 13.10.2013.

68 FRASER, Nancy. *Transnationalizing the Public Sphere: on the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World*. In: FRASER, Nancy. *Transnationalizing the Public Sphere*. Massachusetts: Polity Press, 2014.

69 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. *Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas*. *Estudos Feministas*, 20 (2), Florianópolis, 2012.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, *et al.*, v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Justice Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de janeiro de 1973.

FASCIOLI, Ana. Justicia Social em clave de capacidades y reconocimiento. *Areté-Revista de Filosofia*, vol. 33, n. 1, p. 53-77, 2011.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org). *Democracia Hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB, 2001.

FRASER, Nancy. Distorted Beyond all Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003b.

FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? - A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003a

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. *Teoria Crítica no Século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

FRASER, Nancy, *Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice*. World Culture Report, 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism. UNESCO Publishing, 2000, p. 48-57.

FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77, p. 11-39-2009.

FRASER, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2010.

FRASER, Nancy. Transnationalizing the Public Sphere: on the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World. In: FRASER, Nancy. *Transnationalizing the Public Sphere*. Massachusetts: Polity Press, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Presentación. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático - Por uma Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

GARGARELLA, Roberto. Presentación. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático - Por uma Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. Redistribution as Recognition: a Response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003b.

HONNETH, Axel. *Sofrimento de Indeterminação*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HONNETH, Axel. The Point of Recognition: A rejoinder to the rejoinder. In: FRASER, Nancy; HON-

- NETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003c.
- JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre Constitucionalismo y Democracia? Uma Perspectiva desde el Constitucionalismo Democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 67-95, 2015. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/41005>>. Acesso em: 13.01.2015
- JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. *In*: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático-Por uma Reconciliação entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.
- KOKAY, Erica. Projeto de Lei da Câmara 4.241/12. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552237>>. Acesso em: 13.10.2013.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LAZAR, Michelle. *Feminist Critical Discourse Analysis-Gender, Power and Ideology in Discourse*. London: Palgrave, 2008.
- LIMA, João Paulo. Projeto de Lei da Câmara 1.281/11. Dispõe sobre a mudança de prenome da pessoa transexual que realizar cirurgia para troca de sexo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=501425>>. Acesso em: 13. 10. 2013.
- NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. *Revista de Estudos Feministas*. Santa Catarina, v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático-Por uma Reconciliação entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 379. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.
- RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice. Direitos Humanos, transexualidade e o direito dos banheiros. *Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 12, 2015.
- RODRIGUES, Romero. Projeto de Lei do Senado 658/11. Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=103053](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103053)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- RODRIGUES, Romero. Projeto de Lei do Senado 658/11. Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=103053](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103053)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu. (org). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- SOBBOTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovani. Justificação, Reconhecimento e Justiça: tecendo Pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. *Civitas*. Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.
- STEIN, Ernildo. *Sobre a essência do fundamento. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- WERLE, Denilson; Melo, Rúrion. Um déficit político do liberalismo hegeliano? Autonomia e reconhecimento em Honneth. In: MELO, Rúrion. *A Teoria Crítica de Axel Honneth-Reconhecimento, Liberdade e Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WYLLYS, Jean; KOKAY, Erica. Projeto de Lei 5.002/13. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei 6.015 de 31.12.1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 04.04.2013.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**China's new concept of development from the perspective of the sustainable development goals**

**Novo conceito de desenvolvimento da China a partir da perspectiva dos objetivos de desenvolvimento sustentável**

Di Zhou

# China's new concept of development from the perspective of the sustainable development goals\*

## Novo conceito de desenvolvimento da China a partir da perspectiva dos objetivos de desenvolvimento sustentável

Di Zhou\*\*

### ABSTRACT

The objective of this article is to analyze China's recent explorations on its new concept of development—the Ecological Civilization in the context of the 2030 SDGs which was put forward by the United Nations in 2015. The first part presents an introduction on the historical development of the 2030 SDGs of the international community and the Ecological Civilization of China. In the second part, it is shown that although these two new concepts of development coincide at the same moment, China's Ecological Civilization is not a simple follower of the SDGs and has its own independent values. It can also interact with the SDGs through various ways. Finally, China faces challenges both from international and national levels in implementing its new concept of development. It is argued that a combination of “top-down” and “bottom-up” ways is critical in the process of China's realization of the Ecological Civilization, along with the rule of law, the democracy and the globalization.

**Keywords:** new concept of development; SDGs; Ecological Civilization; China.

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar as recentes explorações da China sobre seu novo conceito de desenvolvimento - a Civilização Ecológica no contexto dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de 2030, apresentado pelas Nações Unidas em 2015. A primeira parte do artigo apresenta uma introdução sobre o desenvolvimento histórico dos ODS de 2030 pela comunidade internacional e da Civilização Ecológica da China. Na segunda parte, mostra-se que, embora estes dois novos conceitos de desenvolvimento coincidam, a Civilização Ecológica da China não é um simples seguidor dos ODS, pois apresenta seus próprios valores independentes. O conceito de Civilização Ecológica da China interage com os ODS de várias maneiras. Por fim, verifica-se que a China enfrenta desafios tanto a nível internacional como a nível nacional para implementação do seu novo conceito de desenvolvimento. Argumenta-se que uma combinação de formas “de cima para

\* Recebido em 29/11/2016  
Aprovado em 28/12/2016

\*\* Doctoral student in Environmental Law, Research Institute of Environmental Law, Wuhan University, P.R. China; Fulbright Scholar (2016-2017), Elisabeth Haub School of Law at Pace University, U.S.. E-mail: zhou-di19890703@126.com ; dzhou\_tmp@pace.edu

baixo” e “de baixo para cima” é essencial para o processo de implementação da Civilização Ecológica Chinesa, juntamente com o Estado de Direito, a democracia e a globalização.

## 1. INTRODUCTION

Human development is an eternal topic. In his remarkable book “*A New Concept of Development*”, François Perroux has explored the original definition of development and according to his theoretical system, development is defined as *for all people and for the whole person*<sup>1</sup> and the new development sets out to be “global”, “integrated” and “endogenous”<sup>2</sup>, in stead of the one-sided growth indicators from econometricians. Since the industrial revolution, development has always been linked with economic growth. It is in recent decades that the stress and impact of development is extending to the wellbeing not just of this generation, but also for future generations, and indeed extending to the whole planet. From the 1990’s, consensus had formed around the concept that development should be accounted for economically, socially and ecologically, as well as globally and individually.

A trend of convergence can be detected with regard to the concept on human development, especially between developing countries and developed countries. This process of convergence will doubtless be informed by the 2030 Sustainable Development Goals (SDGs) put forward by the United Nations in 2015. The 2030 SDGs should be regarded as a new milestone in the process of the globalization of human development. This process of convergence is also strongly strengthened recently by the U.S. and China, with the world’s two large emitters and two biggest economies taking step together to formally ratify the Paris agreement to curb climate-warming emissions.

China, as the largest developing country in the world and the second largest global economy, which is experiencing a period characterized by a sharp contradiction between economic growth and environmental protection<sup>3</sup>, should no longer be absent from the trend of development globalization. The Chinese government has given an active political response by endorsing the concept of “Ecological Civilization” (2013) and conferring the construction of Ecological Civilization the status of National Development Strategy. More recently, in the year 2016, the released Thirteenth Five-Year Plan (2016-2020) on National Economic and Social Development contains five main principles underpinning the policies for China’s future development. These five principles, also called the “Five concepts for development of China” are: innovation-driven development, coordinated development, green development, development for global progress, and development for the benefit of all”.<sup>4</sup>

The world has been moving towards an era of Global Sustainable Development, while China has been moving towards an era of Ecological Civilization, what is the interactive relationship between these two concepts? Why is it now the “right time” for the advent of SDGs and China’s Ecological Civilization? What can we see from these concepts about the future of global sustainable development? How will these new development concepts be implemented at global and domestic level? ... This article is intended to seek answers to the above questions.

1 François Perroux, *A New Concept of Development*, Routledge Library Editions: Development, USA and Canada, 2014, foreword p.10.

2 François Perroux, *A New Concept of Development*, Routledge Library Editions: Development, USA and Canada, 2014, preface p.14.

3 “China is faced with the unprecedented conflict between environmental protection and development in human history”, according to Minister Chen Jining of the Ministry of Environmental Protection on the press conference on 7 March at the press center of the 4<sup>th</sup> Session of the 12<sup>th</sup> National People’s Congress.

4 Also known as “Innovative, open, green, coordinative and inclusive”.

## 2. HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE ECOLOGICAL CIVILIZATION IN THE CONTEXT OF GLOBAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT

### 2.1. The transitioning from millennium development goals to the sustainable development goals: everything but nothing?

The Millennium Development Goals(MDGs) mark a historic and effective method of global mobilization to achieve a set of important social priorities worldwide.<sup>5</sup> And it has been proved that the MDGs have played an important part in securing the progress against poverty, hunger and disease, which should be continued under global consensus. Then it came with the Sustainable Development Goals(SDGs), put forward by the United Nations in 2015. The SDGs are part of the new United Nations Agenda for Global Action beyond 2015. They build on the foundation of many other instruments and work, including *the Agenda 21* and the *Rio Declaration on Environment and Development of 1992*. They also refer to the MDGs and state that they “seek to complete what these [the MDGs] did not achieve”.<sup>6</sup>

Table 1 - Selected international instruments and work concerning the issue of Environment and Development

1972 United Nations Conference on the Human Environment	1972	Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment
World Commission on Environment and Development	1987	Report of WCED: Our Common Future, which included the most widely recognized definition of “Sustainable Development”.
1992 United Nations Conference on Environment and Development(Earth Summit)	1992	Rio Declaration on Environment and Development
		Agenda 21 for Sustainable Development Statement of Principles for the Sustainable Management of Forests
Millennium Summit	2000	Millennium Development Goals: Packaging the concern about poverty, hunger, disease, unmet schooling, gender inequality and environmental degradation into a set of eight goals
2002 World Summit on Sustainable Development	2002	Johannesburg Declaration
2012 United Nations Conference on Environment and Development (Rio+20)	2012	The Future We Want
United Nations Resolution A/RES/70/1 of 25 September 2015	2015	Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development (SDGs): a set of seventeen Global Goals with 169 targets on sustainable development

5 Jeffrey D Sachs, “From Millennium Development Goals to Sustainable Development Goals, [http://www.grips.ac.jp/forum/IzumiOhno/lectures/2015\\_Lecture\\_texts/S16\\_From-MDGs-to-SDGs-Lancet-June-2012.pdf](http://www.grips.ac.jp/forum/IzumiOhno/lectures/2015_Lecture_texts/S16_From-MDGs-to-SDGs-Lancet-June-2012.pdf)

6 Ben Boer, Drafting Green Legislation in the light of the Sustainable Development Goals, ECO Forum Global, Guiyang, P.R. China, 2015.

The SDGs can be seen as a holistical package of goals which are integrally related. They cover all aspects of the human endeavor and concern.<sup>7</sup> This is not the first time that the concept of “Sustainable Development” was put forward by the international community. In 1980, the International Union for the Conservation of Nature published a world conservation strategy which was the first to introduce the term “Sustainable Development”. It is the definition of Sustainable Development included by Our Common Future, called the Brundtland Report that is most widely recognized.

Why does the “Sustainable Development” come back in the documents? This question can be divided into two parts: First, what are the reasons for the transitioning from MDGs into SDGs? Second, what’s the rationale of re-choosing the Sustainable Development?

A basic answer to the first question should certainly be the need for a new round of global goals to follow the 15-year MDGs period, as well as the need to recognize the successful experience and to draw lessons from the shortfalls of MDGs. While the answer to the second question could be much more complicated as for the reason of choosing the concept of Sustainable Development.

As for the MDGs, although covering various aspects, such as peace and security, environmental protection, human rights, etc, the main focus was poverty. Since the recent decades, especially after the new millennium, the issue of development has become much more than a single aspect of problem, or even of a fundamental problem. There is a need for emphasizing other serious challenges, including the undergoing climate change, alongside the poverty-reduction objectives. Compared to MDGs, the SDGs clearly indicate the core value of development, which is sustainability of all aspects. Furthermore, compelling scientific evidence suggests that the Earth has entered the Anthropocene, a new ecological epoch in which humans have become a major driver of global environmental change.<sup>8</sup> Of particular concern to the unsuitability of current international mechanism to navigate the Anthropocene with its method of interconnecting various development matters on a sectoral basis rather than in a comprehensive, joined-up manner. The result is that international responses are fragmented and issue-based according to the objective of individual treaty systems, resulting in differing or even contradictory positions adopted across or within various treaty bodies.<sup>9</sup> It’s time to re-pick up a concept which is comprehensive, integrated and all-inclusive. The SDGs can serve as a *grundnorm* with its general meaning and global acceptance.

What if we embrace an all-around concept which means everything but actually nothing since there is no specific focus? This concern does not come out of nothing. The implementation and enforcement of Sustainable Development has long been a debatable issue. Since there are a thousand understandings of Sustainable Development in a thousand people’s eyes, how will these various views and actions come together to strive forward to a bright future of “Sustainable Development”?

The inclusiveness of the concept of Sustainable Development has left the space for states to explore their own interpretations and to take their own actions in the framework of this global overarching vision.

7 Poverty, hunger, health, education, gender, equality, water and sanitation, energy, economic growth and work, resilient infrastructure, inequality within and among countries, human settlements, consumption and production patterns, climate change, oceans, seas and marine resources, ecosystems, peace and access to justice, and global partnership for sustainable development.

8 P.J. Crutzen, ‘Geology of Mankind’ (2002) 415(6867) *Nature*, p. 23; W. Steffen, P.J. Crutzen & J.R. McNeill, ‘The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?’ (2007) 36(8) *Ambio*, pp. 614–21; W. Steffen et al., ‘The Anthropocene: From Global Change to Planetary Stewardship’ (2011) 40(7) *Ambio*, pp. 739–61; W. Steffen, J. Grinevald, P. Crutzen & J. McNeill, ‘The Anthropocene: Conceptual and Historical Perspectives’ (2011) 369 *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, pp. 842–67.

9 Rakhyun E. Kim and Klaus Bosselmann *International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements*. [http://journals.cambridge.org/abstract\\_S2047102513000149](http://journals.cambridge.org/abstract_S2047102513000149)

## 2.2. The formation of the concept of ecological civilization in China

China has gone through a long and winding road before it finally realized the comprehensive and integrated dimension of the concept of “development”. The Ecological Civilization was firstly put forward as a political decision-making slogan by the ruling party of the Communist Party of China(CPC). Then it has been transformed into a national strategy as a forced response to environmental crisis and people’s livelihood needs in China. Now the concept of Ecological Civilization has come into the process of legal implementation at domestic level and has echoed the Sustainable Development at global level.

Table 2 – Selected policies and regulations concerning Ecological Civilization

13 <sup>th</sup> National Congress of the CPC	1987	Transitioning from extensive economy to an intensive economy
China’s Agenda 21-White Paper on China’s Population, Environment and Development in the 21 <sup>st</sup> Century	1994	For the first time to integrate Sustainable Development into the long-term Economic and Social Development Planning
5 <sup>th</sup> Plenary Session of the 14 <sup>th</sup> CPC Central Committee	1995	To achieve two fundamental changes in economic system and economic growth
9 <sup>th</sup> Five-Year Plan for Economic and Social Development of China	1996	To change the mode of economic growth and implement sustainable development strategies
15 <sup>th</sup> National Congress of the CPC	1997	Integrate the improvement of distribution structure, the adjustment and optimization of industrial structure and the improvement of people’s livelihood as the main content of economic development
16 <sup>th</sup> National Congress of the CPC	2002	Three pillars of a Civilized development-developed economy, rich life and sound ecology
3 <sup>rd</sup> Plenary Session of the 16 <sup>th</sup> CPC Central Committee	2003	Adhere to the concept of people-oriented, establish a comprehensive, coordinated and sustainable development concept, and promote the all-around development of economy and society
4 <sup>th</sup> Plenary Session of the 16 <sup>th</sup> CPC Central Committee	2004	Construct a harmonious society
State Council’s Decision on Strengthening the Environmental Protection by Implementing the Scientific Outlook on Development	2005	Rely on the scientific and technological progress, develop the circular economy, advocate the ecological civilization, Strengthen the rule of environmental law, improve the regulatory system and establish a long-term mechanism
5 <sup>th</sup> Plenary Session of the 16 <sup>th</sup> CPC Central Committee	2005	Construct a resource-saving and environmental-friendly society
11 <sup>th</sup> Five-Year Plan on Environment Protection	2007	Enhance the awareness of Ecological Civilization of the whole society
17 <sup>th</sup> National Congress of the CPC	2007	Ecological Civilization as a strategic task

4 <sup>th</sup> Plenary Session of the 17 <sup>th</sup> CPC Central Committee	2009	Stress that the construction of Ecological Civilization, along with the economic, political, cultural and social construction, are the five strategic tasks of building a moderately prosperous society
5 <sup>th</sup> Plenary Session of the 17 <sup>th</sup> CPC Central Committee	2010	Accelerate the construction of a resource-saving and environment-friendly society, improve the level of Ecological Civilization, actively respond to global climate change, vigorously develop the circular economy, strengthen resource conservation and management, increase environmental protection and disaster prevention and enable sustainable development
White Paper on China's Progress in Human Rights	2012	Integrate the Ecological Civilization into Human Rights Protection
18 <sup>th</sup> National Congress of the CPC	2012	Integrate the construction of ecological civilization into the overall layout of China's modernization
3 <sup>rd</sup> Plenary Session of the 18 <sup>th</sup> CPC Central Committee	2013	Set the goal of the establishment of a complete Ecological Civilization System and identify the approach of using legal systems to construct the Ecological Civilization
Environmental Protection Act (Amended)	2014	Integrate the goal of promoting the Ecological Civilization in Article 1
4 <sup>th</sup> Plenary Session of the 18 <sup>th</sup> CPC Central Committee	2014	Set the general target of forming a system serving "the socialist rule of law with Chinese characteristics" and build a country under "the socialist rule of law", and emphasize the using of legal system to protect the Ecological Civilization
The CPC Central Committee and the State Council's joint Opinions on Accelerating the construction of the Ecological Civilization	2015	Promote harmonized development of industrialization, IT application, urbanization, agricultural modernization and greenization
The CPC Central Committee and the State Council's joint integrated reform plan for promoting Ecological Progress	September 22, 2015	6 basic ideas <sup>1</sup> + 6 Principles <sup>2</sup> + 8 Systems <sup>3</sup>

+ “6 matching programs”	2015	(1) Program on Environmental Protection Inspection (2) Program on the Construction of Ecological Environmental Monitoring Network (3) Pilot Program on Audits on Natural Resources on Leaving Officials (4) Measures for the Accountability of Party and Government Leaders for Damage to Ecological Environment (for trial implementation) (5) Pilot Plan for Preparing Balance Sheets of Natural Resources (6) Plan for the Pilot of the Ecological Environment Damage Compensation System
5 <sup>th</sup> Plenary Session of the 18 <sup>th</sup> CPC Central Committee	October 29, 2015	Green Development: green development is a necessity for the sustainable development and an important manifestation of people’s pursuit of a better life.
13 <sup>th</sup> Five-Year Plan for Economic and Social Development of China	March 17, 2016	5 Pillars for the New Development Concept: Innovative, Open, Green, Coordinative and Inclusive

1 (1) Respect, protect and stay in tune with nature; (2) Integrate development and conservation; (3) Lucid waters and lush mountains are invaluable assets; (4) Respect for the value of nature and natural capital; (5) Equilibriums in territorial space; (6) Mountains, forests and farmlands are a community of life.

2 (1) Ensuring that the reform moves in the right direction. China’s market mechanisms need to be improved, and the government should make better use of its leadership and regulatory roles. Those in the business sector should bring their own initiative into play and exercise self-restraint. Social organizations and the general public should participate and play a supervising role in ecological conservation; (2) Maintaining the public nature of natural resource assets. New property rights systems should be created for natural resources. Ownership rights should be clarified. There should be a distinction between ownership rights and the authority to manage. Powers and regulatory responsibilities of the central and local governments should be divided more appropriately. Everyone should be entitled to benefit from state-owned natural resource assets.; (3) Integrating environmental governance for rural and urban areas. Continued efforts should be made to strengthen urban environmental protection and industrial pollution prevention and control. The rural coverage of ecological and environmental protection efforts should be expanded. Effective systems and mechanisms for rural environmental governance should be established. The development of pollution prevention and control facilities should be stepped up in rural areas, and related funding should be increased; (4) Attaching equal importance to incentives and restraints. It is imperative to develop interest-related mechanisms for promoting green, circular, and low-carbon development, and at the same time practice strict prevention at the source of pollution, strict regulation over operations, strict compensation for environmental damage, and accountability for those responsible in order to effectively restrain all types of market entities and, step by step, make ecological conservation efforts more market-, law-, and procedure-based; (5) Combining China’s own independent efforts with international cooperation. Strengthening ecological conservation and environmental protection is something China is doing of its own accord, though at the same time it needs to deepen exchange and practical cooperation with other countries, borrow from their advanced technology and their valuable experience in institution building, take an active part in global environmental governance, and assume and perform its international responsibilities as a large developing country; (6) Integrating piloting first with overall coordination. It is necessary, in accordance with the unified plans of the CPC Central Committee and the State Council, to deal with the easier parts first, move forward step by step, and launch each reform when conditions are ripe to do so. On the basis of the fundamental direction laid out in this plan, encouragement should be given to local governments to explore and experiment boldly in light of their own local conditions.

3 These eight systems include a system of property rights for natural resource assets, a system for the development and protection of territorial space, a spatial planning system, a system for regulating total consumption and comprehensive conservation of resources, a system for payment-based resource consumption and compensating conservation and protection efforts, the environmental governance system, the market system for environmental governance and ecological preservation, and the system for evaluating officials’ ecological conservation performance and for holding those responsible for ecological damage to account.

It can be seen from the table that the Ecological Civilization has been put forward from top-level design to full deployment and from macro national level of endorsing the strategy to micro sub-national level of implementing the system and mechanism, while much more theoretical research, institutional guarantee and cultural support are still needed. Even in China, the understanding of Ecological Civilization will be a lasting and open debate in the future.

### **3. THE ECOLOGICAL CIVILIZATION: A CHINESE STYLE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT?**

#### **3.1. The coincidental coupling of new development concepts at international and national levels**

Historically, China's interest in Sustainable Development and the environmental protection is not endogenous, but under the great influence of international community, specifically the Stockholm Conference held in 1972. A Chinese delegation of 40 members assigned by the then Premier Zhou Enlai had attended the Conference. On the basis of the report submitted by the delegation after coming back to China, the State Council has held its first National Environmental Protection Working Meeting in 1973, followed by the establishment of the State Council's Environmental Protection Leading Group Office in 1974, which was the first environmental protection agency in contemporary China. Unlike the initiation of environmental movements in some western countries including the U.S., for China in the 1970s, the process of industrialization had just started and had been severely disturbed by the "Revolution" during the years 1966-1976, which means that the "problem" of "environmental pollution" did not exist according to most of the Chinese including the government leaders, not to mention the ecological damage. The seed of the Sustainable Development had been planted in China at this special moment, when there existed no strong demands to protect the environment and to promote the sustainability.

The world has seen the dramatically rapid growth of China's economy after the Reform and Opening up Policy in late 1970s. China began to catch up with the pace of the world development, in aspect of the economic growth, but unfortunately not in aspect of social progress and environmental protection. In other words, despite the early importation of the concept of the Sustainable Development, Chinese understanding of development had still put the priority in single-sided economic growth, not an all-around development.

It was during these few decades after 1978 that China's economic and social development had seen an extreme imbalance. The most prominent problems include the poverty, education, medical treatment because of lack of justice, as well as the environment pollution and ecological damage as development<sup>10</sup> is the absolute principle. China released its 21<sup>st</sup> Century Agenda in 1994, and for the first time to integrate the Sustainable Development into the long-term national economic and social plan, echoing to the Rio Declaration in 1992 and politically responding to its people's appeal for a coordinated development. In line with the new actions of international community of the MDGs in 2000, the 16<sup>th</sup> National Congress of the ruling party of China has endorsed the political slogan of constructing a "harmonious society", which was characterized by comprehensiveness, coordination and sustainability, of which an energy-saving and environmentally-friendly society is a critical dimension. China began to take the issue of Sustainable Development really seriously as the "real problems" started to appear. Despite the gap between China and the international community on the concept of development, a trend of convergence could be detected during this period.

The mass disturbance caused by the environmental pollution has shown a growth spurt during first ten years of the 21<sup>st</sup> Century, Since the year 1996, China had witnessed an annual growth rate of 29% in environmental

<sup>10</sup> Here refers to economic growth.

mass disturbances, and the growth rate mounted up to 120% in 2011.<sup>11</sup>In 2012, China incorporated the Ecological Civilization, a concept proposed by the ruling party in 2007, into its White Paper on Human Rights.

It was in 2012 that the Ecological Civilization had been raised as a national strategy, along with the Political Civilization, Material Civilization, Spiritual Civilization and Social Civilization, called the construction of “Five Civilizations” in China. This coincided with the Rio Conference which was held in the same year. China would no longer only follow the pace of the international community behind, but strive to explore its own independent concept of development. As was committed by the political leader of China, it’s time for China to make contributions to the global ecological security.

2016 is the beginning year of the 13<sup>th</sup> Five-Year Plan period of China. In the context of the promotion of the Ecological Civilization, the 13<sup>th</sup> Five-Year Plan has developed a core strategy of Green Development, which will serve as the overall guidance of the development in the coming years. Coincidentally, 2016 is also the beginning year of the SDGs put forward by 193 member states of the United Nations. The world is welcoming the new understanding and further actions on “Development” not only by the joint global community, but also by each country, including China at this “moment of Sustainable Development”. Is this Ecological Civilization a Chinese interpretation on the Sustainable Development? The answer cannot be as simple as a “Yes”.

### 3.2. The independent values of the ecological civilization

*“Promoting ecological progress is a long-term task of vital importance to the people’s wellbeing and China’s future. Faced with increasing resource constraints, severe environmental pollution and a deteriorating ecosystem, we must raise our ecological awareness of the need to respect, accommodate to and protect nature. We must give high priority to making ecological progress and incorporate it into all aspects and the whole process of advancing economic, political, cultural, and social progress, work hard to build a beautiful country, and achieve lasting and sustainable development of the Chinese nation”<sup>12</sup>.*

*The Ecological Civilization is a political response to the crisis, more specifically, the environmental crisis in China.* According to the State Council’s report, the carrying capacity of the natural resources and the environment of China has reached or at least been close to the limits, and the ecological and environmental problems, particularly the problems of air, water and soil, have become a prominent short-board of an all-around development. This leads to the fact that environmental protection is considered as the main battlefield of the Ecological Civilization in China. This environmental focus fits with the main crisis that China is facing in this stage and may be changed in the future based on the specific situations. The SDGs are also results from crises. However, they come from a consensus made by a number of different sovereignties on the basis of an overall examination on all the problems of human development. The 17 Goals, if not fully covered, represent most of the global common issues. While the SDGs cover a wider area than the Ecological Civilization, the later seems to be more ambitious as it was put forward on the reflection on the development path of human civilization, directly against the drawbacks of the industrial civilization which had led the process of modernization since the 18<sup>th</sup> Century.

*The Ecological Civilization requires the recognition that the ecology is the resource and the ecology is the productivity.* How to deal with the relationship between the economic growth and the environmental protection is a worldwide challenge. In the first phase of development, the carrying capacity of the environmental had been rarely considered, if not at all been considered. This led to the result of rapid economic growth in a short term while excessive resources consumption, ecological damage and environmental pollution at the same time. Many countries, including China, had entered into the second phase, where as the environmental and ecological crisis appeared, people began to reflect on the traditional way of development. The Ecological Civilization will further guide the society into the third stage, where the ecological advantages themselves can be-

11 According to Yang Chaofei, ex Chief Engineer of the Ministry of Environment Protection, P.R. China. [http://view.gmw.cn/2012-10/27/content\\_5500758.htm](http://view.gmw.cn/2012-10/27/content_5500758.htm)

12 Hujintao’s Report at 18<sup>th</sup> Party Congress, [http://news.xinhuanet.com/english/special/18cpcnc/2012-11/17/c\\_131981259\\_9.htm](http://news.xinhuanet.com/english/special/18cpcnc/2012-11/17/c_131981259_9.htm)

come the economic advantages, as Chinese President Xi Jinping noted, lucid waters and lush mountains are invaluable assets, and the protection of nature is the protection and development of the productive forces.

*Fairness is a core value of the Ecological Civilization.* The sound environment, as the fresh air and the clean water, is a kind of public goods which is fair to all, regardless of poverty or wealth, men or women, old people or children, etc. The transition to a Ecological Civilization means the access to the ecological public goods for *all*, as “no one should be left behind”.

*The Ecological Civilization implies the ancient wisdom of China.* Ecological progress means the whole process in which people continue to overcome the adverse effects and actively improve and optimize the relationship between man and nature and interpersonal relationships while reshaping the world, and in which people protect the ecological environment to maintain its good quality and safeguard the achievements attained in an equal, just social and environmental atmosphere while developing economy. This viewpoint, which is based on the perspective of the common interests of human kind, embraces the philosophical wisdom of the “Unity of Nature and Humanity”<sup>13</sup> in Traditional Chinese Philosophy.

There exist cross-cutting values between the Sustainable Development and the Ecological Civilization. These two concepts of development also share the similar methodology of the “systems theory”. However, the Ecological Civilization has its own basis—the serious ecological crisis which will probably lead to a political crisis in China, its own path—to transform the ecology into the resources and the productivity, and its own cultural root—the ancient Chinese wisdom combined with the governing idea of the ruling party. Therefore, it has its independent values. Although the Sustainable Development has been and will still be the dominant discourse and strategy in the international green politics, now at least for China, it seems obvious that a theme conversion from the Sustainable Development to the Ecological Civilization has taken place. This reflects the necessity of specification and implementation of the Sustainable Development in China with the interpretation of the Ecological Civilization.

### 3.3. How can China interact with the world?

The construction of the Ecological Civilization is originally a program of action initiated by the ruling party of China. Then it has been raised to the level of a national development strategy. It belongs to China, but now it goes beyond China, as it advocates the “destiny community of human kind”. China is one of the largest countries in the world, with her territory being about the size of the whole of Europe. The global process of Sustainable Development and the Chinese process of Ecological Civilization cannot be separated from each other. As with the famous justification in the 1960s by Deng Xiaoping, a great Chinese revolutionary, “Black or white cat matters not as long as it can catch mice”<sup>14</sup>, China should break through the political shackles of ideology so as to respect the law of development and integrate into the global trend of development.

There are the questions about whether the Ecological Civilization is a compromise to the international trend, or a passive initiative to break through the bottleneck of economic growth, or an expedient in responding to the public voices. None of these arguments can be well supported by the real facts. Unlike the passive acceptance of the concept of Sustainable Development in the 1970s, now is China’s self-conscious realization on the ecological issue and on the necessity of an active integration into the world, with the am-

13 The Unity of nature and humanity means harmony between humanity and nature, complying with the laws of nature, self-discipline in the use of natural resources, and long-term coexistence between humanity and nature. See Angang Hu, *China: Innovative Green Development*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2014, p17.

14 Deng Xiaoping said the following when discussing how to restore agriculture when he presided over the meeting of the CPC Central Committee on July 2, 1962: “For the time being, the most important thing is to increase food production. In so far as individual enterprises can further this production they are a good thing. It is not important whether the cat is black or white as long as it catches mice.... The best form of production is that which, within the framework of local conditions, is most likely to restore and develop production.” This proverb was also a response to Deng’s critics point out that his ideas were Capitalistic (free market). The response was meant to say, “It does not matter if it’s Communist or Capitalist, as long as it works.”

dition of being a pioneer in the coming new development process.

The Sustainable Development is the current trend, and this trend is doubtless informed by the emerging SDGs being implemented globally. The Sustainable Development capacity has become an important component of the comprehensive competitiveness of a country. As the SDGs and the Ecological Civilization coincide at this moment, China will have a more positive attitude towards the construction of the Ecological Civilization, thus making contribution to the global Sustainable Development. It's a good news for China, and it's a good news for the world.

The challenges coexist with the opportunities, while China should deal with the domestic crisis, and at the same time should integrate its actions into the world trend. The Sustainable Development brings a broader view for China to “see globally”, and the Ecological Civilization urges China to focus on the most serious crisis and respond to individuals' needs, in other words, to “act locally”. How can China coordinate these various requirements?

#### **4. China's strategic choice in implementing the new concept of development from the perspective of the 2030 sdgs: “top-down” and “bottom-up”**

There are two prominent common characters between the SDGs and the Ecological Civilization. The first one is an *overall comprehensive vision* shared by these two concepts. The second one is a *focus on individuals* as the SDGs claimed that “no one is left behind”, while the Ecological Civilization emphasized that “let everyone feel the improvement through the process of Ecological Civilization”. This may require a combination of a “top-down” and a “bottom-up” ways in the process of implementation.

It seems to be a common sense that the “top-down” model is the basic logic of Chinese way to resolve problems, in line with its long tradition of centralization. The promotion of the Ecological Civilization has followed this path as the concept has been put forward by the top political designers and the multiple goals have been decentralized through politics and legislations at sub-national level, also called a system of “targeted responsibility”<sup>15</sup> introduced in the 1980s to facilitate the Chinese government's management of strategic objectives.

Innovation comes from the local practice. Although local authorities can only have limited power delegated by the central or upper-level authorities according to the *Constitution*, in China, the *de facto* power coming from the sub-national authorities cannot be ignored, as in some specific situations, they are granted wide range of autonomy through preferential policies to lead the reforms and innovations. For instance, the use of pilot projects is a common step in the formulation of Chinese policy. Pilot programs allow local governments to explore a variety of solutions for a specific problem by adapting them to local conditions; feedback on successes is then incorporated into the policy when it is rolled out generally at a national level. This working method is called “point to plane”. However, this is actually the local actions under the original design and overall control of the central government.

Lack of local vitality and public participation in implementing the national strategy, China is committed to: (1) Enable the local authorities and the public in transformation of the concept of development; (2) Identify and confirm all these initiatives through the rule of law.

A recent breakthrough in the legal implementation of the Ecological Civilization is the amended *Legislative Law*. The *Legislation Law* of China was amended and entered into implementation on 15 March 2015. One of the highlights of the amendments is that the new Law allows all cities with subordinate districts to make local regulations *in the field of urban and rural construction, environmental protection and historical and cultural*

15 The system is designed to reasonably break down the overall objective at a regional level and incorporate implementation of objectives into the system of administrative appraisal. In particular, it implies that the politicians and local officers see their evolution of career accelerated or slowed down by the over- or under- achievement of their targets.

*preservation*, under the condition that such local regulations must be reported to the National People's Congress for the record and for examination to avoid contradictions and conflicts.<sup>16</sup> 282 cities with subordinated districts<sup>17</sup> have been authorized to develop local legislations in the field of urban and rural construction, environmental protection and historical and cultural preservation, which cover most areas that are related to sustainable development and people's daily life.

Earlier in the year of 2014, the amended Chinese *Environmental Protection Law* laid the foundations for future public interest litigation in China's environmental sphere, by legitimating the standing of the Environmental NGOs under some conditions. By the end of 2015, one year after the implementation of the updated law, 37 environmental public interest cases had been filed and accepted by the courts.

It can be seen from the above examples that China is on its way of integrating the efforts from the central authorities and the local authorities, from the government and the public, in an effort to involve as many stakeholders as possible in this process of new development. If well implemented, these "bottom-up" changes may bring dramatic help in implementing the new concept of development. This "if well implemented" is the key, and how to enable the local authorities and the public to lead the force to "bottom-up" is the key for the implementation.

Another challenge comes from the method of "top-down". As the Ecological Civilization has its origin

---

16 Comparison of the articles before and after:

Article 62 before the amendments:

In light of the specific situations and actual needs of the jurisdiction, the People's Congress of a province, autonomous region, municipality directly under the central government and the Standing Committee thereof may enact local decrees provided that they shall not contravene any provision of the Constitution, national law and administrative regulations.

In light of the specific situations and actual needs of the jurisdiction, the People's Congress and its Standing Committee in a major city may enact local decrees provided that they shall not contravene any provision of the Constitution, national law, administrative regulations and the local decrees in force in the province or autonomous region in which the city is located, and such local decrees shall be implemented after they are reviewed and approved by the Standing Committee of the People's Congress of the province or autonomous region. The Standing Committee of the People's Congress of the province or autonomous region shall review the legality of a decrees submitted to it for approval, and shall grant approval within four months if such decree does not contravene any provision of the Constitution, national law, administrative regulations, and the local decrees in force in the province or autonomous region in which the city is located.

In the course of reviewing a local decree submitted to it by a major city, if the Standing Committee of the People's Congress of the province or autonomous region finds that it contravenes a local rule issued by the People's Government of the province or autonomous region, it shall decide on how to handle such situation.

For purposes of this Law, a major city refers to a city where the People's Government of the province or autonomous region is seated, the city where a special economic zone is located, and any other major city approved by the State Council.

Article 72 after the amendments:

In light of the specific situations and actual needs of the jurisdiction, the People's Congress of a province, autonomous region, municipality directly under the central government and the Standing Committee thereof may enact local decrees provided that they shall not contravene any provision of the Constitution, national law and administrative regulations.

In light of the specific situations and actual needs of the jurisdiction, the People's Congress and its Standing Committee in cities with subordinate districts may enact local decrees in the field of urban and rural construction, environmental protection and historical and cultural preservation, provided that they shall not contravene any provision of the Constitution, national law, administrative regulations and the local decrees in force in the province or autonomous region in which the city is located, and such local decrees shall be implemented after they are reviewed and approved by the Standing Committee of the People's Congress of the province or autonomous region. The Standing Committee of the People's Congress of the province or autonomous region shall review the legality of a decrees submitted to it for approval, and shall grant approval within four months if such decree does not contravene any provision of the Constitution, national law, administrative regulations, and the local decrees in force in the province or autonomous region in which the city is located.

In the course of reviewing a local decree submitted to it by a city with subordinate districts, if the Standing Committee of the People's Congress of the province or autonomous region finds that it contravenes a local rule issued by the People's Government of the province or autonomous region, it shall decide on how to handle such situation.

17 A city with subordinate districts includes but not limited to a city where the People's Government of the province or autonomous region is seated, the city where a special economic zone is located, and any other major city approved by the State Council. China has 49 cities titled "a major city", and 282 cities title "a city with subordinate districts". Therefore, the amendment of article 62 means the expansion of local legislative power especially in the field of urban and rural construction, environmental protection and historical and cultural preservation.

as a political decision, the recognition of this concept in the country's legal framework is essential. The amended *Environmental Protection Law* incorporates the "promoting ecological civilization improvement" into its Article 1, as one of the purposes of the formulation of the law.<sup>18</sup> In the coming phase of law reform, it would be appropriate to examine the whole framework of the current environmental legislation to check how closely it conforms to the idea of promoting ecological civilization improvement and the SDGs.<sup>19</sup> The essence of the rule of law lies in the rule of the Constitution. The Constitution, as a fundamental law of a country, should recognize the value of the Ecological Civilization. It should be the top designer and a powerful defender of the national development strategy.

## 5. FINAL CONCLUSIONS

The SDGs draw a blueprint for the world's future, while the Ecological Civilization develop a long-term vision for China. The Chinese new concept of Ecological Civilization is rooted in China's economic, social, political and cultural background, but also absorbs the essence of the world's Sustainable Development. On the other hand, borrowing from the concept of the Ecological Civilization, China carries on its interpretation and implementation of the Sustainable Development Goals and establish its ambition of being one of the leading pioneers in a new round of global development.

China faces two challenges at this moment of realizing a new development. The first challenge is how to integrate itself into the global action. The second is how to respond to the urgent public demand for a sound development. These two challenges, on the one hand, requires China to have a global, comprehensive and integrated view on designing its national development strategy so as to actively adapt to the trend of Sustainable Development at international level and to prevent the fragmentation of development caused by the localism at domestic level; on the other hand, requires China to have a thorough examination on the individuals' needs and reaching out for the public to take effective actions at sub-national level. There is no doubt that the realization of China's new concept of development must be accompanied by the process of the rule of law, the democracy and the globalization.

## REFERENCES

- Agenda 21, available on <http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.
- Ben Boer, *Drafting Green Legislation in the light of the Sustainable Development Goals*, ECO Forum Global, Guiyang, P.R. China, 2015.
- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment –(Stockholm Declaration), available on <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.
- Di Zhou, *Moving towards National Development Strategy: the Future of Environmental Law in China*, IUCN Global Colloquium of Early Career Environmental Law Experts, Rio, 27<sup>th</sup> April 2016.
- Environmental Protection Law of China (2014), available on <https://www.chinadialogue.net/Environmental-Protection-Law-2014-eversion.pdf>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

<sup>18</sup> Article 1 of *Environmental Law* recognizes explicitly that: This Law is formulated for the purpose of protecting and improving environment, preventing and controlling pollution and other public hazards, safeguarding public health, promoting ecological civilization improvement and facilitating sustainable economic and social sustainable development.

<sup>19</sup> Ben Boer, *Drafting Green Legislation in the light of the Sustainable Development Goals*, ECO Forum Global, Guiyang, P.R. China, 2015.

François Perroux, *A New Concept of Development*, Routledge Library Editions: Development, USA and Canada, 2014.

Integrated Reform Plan for Promoting Ecological Progress, available on <http://www.en84.com/nonfiction/reports/201510/00016666.html>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

Jeffrey D Sachs, "From Millennium Development Goals to Sustainable Development Goals, available on [http://www.grips.ac.jp/forum/IzumiOhno/lectures/2015\\_Lecture\\_texts/S16\\_From-MDGs-to-SDGs-Lancet-June-2012.pdf](http://www.grips.ac.jp/forum/IzumiOhno/lectures/2015_Lecture_texts/S16_From-MDGs-to-SDGs-Lancet-June-2012.pdf) , access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

Johannesburg Plan of Action, available on [http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POIToc.htm](http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POIToc.htm), access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

Millennium Development Goals, available on <http://www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

P.J. Crutzen, *Geology of Mankind* (2002) 415(6867) Nature.

Rakhyun E. Kim and Klaus Bosselmann, *International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements*, available on [http://journals.cambridge.org/abstract\\_S2047102513000149](http://journals.cambridge.org/abstract_S2047102513000149), access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

Rio Declaration on Environment and Development, available on <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

Shuyi Wang & Di Zhou, *Ecological Civilization Construction and the Law-based Government of Environment*, Social Sciences in Chinese Higher Education Institutions, 2014(2).

The Future We Want: Outcome document adopted at Rio+20, available on <http://www.un.org/en/sustainablefuture/>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, available on <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>, access on 28<sup>th</sup> November, 2016.

W. Steffen, P.J. Crutzen & J.R. McNeill, *The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?* (2007) 36(8) *Ambio*,

W. Steffen et al., *The Anthropocene: From Global Change to Planetary Stewardship* (2011) 40(7) *Ambio*

W. Steffen, J. Grinevald, P. Crutzen & J. McNeill, *The Anthropocene: Conceptual and Historical Perspectives*, (2011) 369 *Philosophical Transactions of the Royal Society A*.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Contaminação microbiológica da água: perspectivas a partir do diálogo entre as fontes do direito**  
**Microbiological contamination of water: perspectives from the dialogue between sources of law**

Patrícia Maino Wartha

Haide Maria Hupffer

Gustavo da Silva Santanna

Fernando Rosado Spilki

# Contaminação microbiológica da água: perspectivas a partir do diálogo entre as fontes do direito\*

## Microbiological contamination of water: perspectives from the dialogue between sources of law

Patrícia Maino Wartha\*\*

Haide Maria Hupffer\*\*\*

Gustavo da Silva Santanna\*\*\*\*

Fernando Rosado Spilki\*\*\*\*\*

### RESUMO

O acesso à água potável é um direito fundamental do ser humano que sofre não apenas com a escassez dos recursos hídricos, mas com sua contaminação microbiológica. A todo instante são descobertos novos patógenos contaminantes da água e estes não são suprimidos do consumo, uma vez que a portaria de potabilidade não alcança essas atualizações, ocasionando riscos à saúde. O presente estudo propõe uma análise da Teoria do Diálogo entre as Fontes de Direito e busca compreender se estas podem ser utilizada no Brasil para resolver problemas concretos em relação à regulação sobre patógenos emergentes, uma vez que a legislação brasileira não acompanha a descoberta de novos contaminantes da água para consumo humano. A pesquisa é qualitativa, utiliza o método indutivo com apoio em pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados apontam que a resposta pode estar no tempo de defasagem entre o processo legislativo e a descoberta de novos patógenos que contaminam a água para consumo humano. Para solucionar o problema da contaminação microbiológica da água e a flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes que inviabilizam o consumo humano da água, há de se pensar em novas formas de conferir efetividade a direitos essenciais e constitucionalmente previstos, seja por meio de legislação, de princípios, ou do diálogo entre as fontes do direito sempre preconizando a interdisciplinaridade.

**Palavras-chave:** Patógenos emergentes. Legislação. Fontes do Direito. Contaminação microbiológica. Água.

### ABSTRACT

Access to safe water is a fundamental human right that suffers not only with the shortage of water resources, but with microbiological contamination. Every moment are discovered new pathogens contaminating the water, and they are not inhibited consumption, since the ordinance potability

\* Recebido em 01/10/2016  
Aprovado em 04/11/2016

\*\* Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental. Curso de Graduação em Direito. Universidade Feevale. E-mail: adv.patriciamw@gmail.com.

\*\*\* Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental. Curso de Graduação em Direito. Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br.

\*\*\*\* Curso de Direito. Faculdades Integradas São Judas Tadeu. E-mail: gssantanna@hotmail.com

\*\*\*\*\* Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental. E-mail: fernandors@feevale.br.

does not reach these updates, causing health risks. This study proposes an analysis of the Dialogue theory between Law sources and whether it can be used in Brazil to solve specific problems in relation to the regulation of emerging pathogens, since Brazilian legislation does not follow the discovery of new contaminants water for human consumption. The research is qualitative, using the inductive method with support for bibliographic and documentary research. The results show that the answer may lie in the time lag between the legislative process and the discovery of new pathogens that contaminate the water for human consumption. To solve the problem of microbiological contamination of water and sagging Brazilian law with respect to emerging pathogens that prevent human consumption of water, one has to think of new ways of giving effect to essential and constitutionally provided rights, either through legislation, principles, or the dialogue between sources of law always recommending interdisciplinarity.

**Keywords:** Emerging pathogens. Legislation. The right sources. Microbiological contamination. Water.

## 1. INTRODUÇÃO

O acesso à água potável é reconhecido pela Organização das Nações Unidas como um direito fundamental do ser humano. A água, para consumo humano, deve ser potável e segura. Não é mais admissível que, diante do avanço científico da pós-modernidade, ainda ocorram, em grande quantidade, surtos de doenças e mortes relacionados à ingestão de água contaminada. Quando se fala em contaminação microbiológica da água por patógenos emergentes, especialmente aqueles causadores de gastroenterites, não há que se falar apesar de percalços e limitações técnicas no monitoramento e manutenção da qualidade, mas do fracasso das conjunturas regulatórias atuais e, conseqüentemente, do Direito, e por que não afirmar, do Estado, como um todo.

A resposta pode estar no tempo de defasagem entre o processo legislativo e a descoberta de novos patógenos que contaminam a água para consumo humano. E isso ainda não foi devidamente entendido no Brasil. A regulação deve, impreterivelmente, acompanhar a ciência ou ao menos as tecnologias disponíveis para prevenção de agravos à saúde, que evoluem com o passar dos tempos, e embora se saiba que um tempo de defasagem entre o conhecimento da dinamicidade científica e seu alojamento em lei seja inevitável, a norma necessita se adaptar.

Por outro lado, a lei como fonte única e exclusiva do Direito precisa ser revista. Ou seja, a solução, também, não está, meramente, na criação de novas leis, o que realmente se constata é que a lei não dá conta de toda a problemática que envolve a potabilidade da água, a saúde pública e a preservação ambiental.

Para solucionar o problema da contaminação microbiológica da água e a flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes que inviabilizam o consumo humano da água, há de se pensar em novas formas de conferir efetividade a direitos essenciais e constitucionalmente previstos, seja por meio de legislação, de princípios, ou do diálogo entre as fontes do direito sempre preconizando a interdisciplinaridade.

Nesse contexto, a hipótese que se lança trata do Diálogo entre as Fontes de Direito como alternativa viável ao caso concreto quando se verificar a descoberta de algum patógeno emergente em água, preconizando harmonização entre realidade e regulação, e se orientados pelos princípios ambientais constitucionais pode ser utilizado no Brasil para resolver problemas concretos em relação à regulação sobre patógenos emergentes, uma vez que a legislação não acompanha a descoberta de novos contaminantes da água para consumo humano.

A partir dessas considerações iniciais, este artigo reflete sobre o que efetivamente deveriam representar as fontes do direito e o processo legislativo e para tanto há de se trazer conceitos basilares e até positivistas para que se introduza e justifique a discussão proposta.

## 2. CONTAMINAÇÃO MICROBIOLÓGICA DA ÁGUA POR PATÓGENOS EMERGENTES

O Programa Mundial de Avaliação dos Recursos Hídricos liderado pela UNESCO publicou em 20 de março de 2015 em Nova Deli (Índia) o “Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento de Água 2015 - Água para um mundo sustentável” em que é, exaustivamente, descrita a precariedade da situação dos recursos hídricos do mundo. Apesar dos inúmeros esforços realizados para ampliar o acesso qualitativo e quantitativo à água, ainda 748 milhões de pessoas no mundo “não têm acesso a fontes de água potável de qualidade”<sup>1</sup>.

A qualidade e a potabilidade dos recursos hídricos, frequentemente, estão comprometidas por contaminação microbiológica, sendo que a todo o instante cientistas descobrem novos contaminantes, os chamados patógenos emergentes.

A contaminação microbiológica da água é caracterizada pela presença em corpos hídricos de microrganismos (bactérias, vírus, leveduras ou protozoários) outros que não aqueles naturalmente encontrados no ambiente e oriundos de atividades humanas. São notoriamente importantes os patógenos derivados da excreção fecal, notadamente vírus, bactérias e protozoários causadores de gastroenterites e hepatites em seres humanos. As gastroenterites, doenças caracterizadas por diarreias e vômito, são notadamente importantes em crianças, idosos e indivíduos imunossuprimidos e suas ocorrências estão intimamente ligada ao consumo ou recreação em água contaminada por patógenos. Vírus entéricos e protozoários são geralmente mais resistentes nas matrizes ambientes que bactérias e por isso mais frequentes como causa de agravos à saúde em regiões geográficas com saneamento ambiental deficiente. Ocorre que, paradoxalmente, ao risco estabelecido pelo consumo ou contato com essas águas, utiliza-se para monitorar a presença de contaminação microbiológica de origem fecal apenas bactérias (usualmente coliformes termotolerantes, também denominados fecais): dada a diferença de resistência no ambiente destas em relação a vírus e protozoários, é muito comum que água livre de coliformes apresente massiva contaminação pelos patógenos emergentes citados. Ou seja, trabalha-se com um indicador de contaminação não fidedigno, que permite que passe ao sistema de distribuição água, dita potável (pela legislação), que ainda alberga vírus causadores de diarreias, por exemplo. Tenha-se em mente que grande parte desses patógenos é chamada emergente nesse texto e em outros fóruns por sua real novidade (sempre estiveram presentes) se não pela facilitação de sua detecção em amostras ambientais a partir dos últimos 30 anos.

Os desafios postos pela situação de risco dos recursos hídricos convocam o Direito a posicionar-se em relação a esta ameaça que impacta a saúde humana das gerações presentes e futuras. O *caput* do art. 225 da Constituição Federal reconhece o direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida. Já o *caput* do art. 170 da CF assegura a todos uma existência digna por meio de prestações positivas. Estes dois dispositivos constitucionais indicam uma clara opção brasileira pelo Estado Socioambiental de Direito. Isso significa que não se pode ignorar que o acesso à água potável é um elemento essencial para uma vida com dignidade e segurança.

Sarlet e Fensterseifer defendem uma dimensão ecológica da dignidade humana “que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental” para a “concretização da vida humana em níveis dignos. Aquém de tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo violados no seu núcleo-essencial”. Para os autores a segurança ambiental deve “ser reconhecida como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos e deveres humanos e fundamentais que lhe são correlatos”<sup>2</sup>.

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. *Gestão mais sustentável da água é urgente*. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/pt/brasil/ia/about-this-office/single-view/news/urgent\\_need\\_to\\_manage\\_water\\_more\\_sustainably\\_says\\_un\\_report/#.Vh6lUdLwvct](http://www.unesco.org/new/pt/brasil/ia/about-this-office/single-view/news/urgent_need_to_manage_water_more_sustainably_says_un_report/#.Vh6lUdLwvct)>. Acesso em: 14 set. 2016.

2 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38-90.

De modo a evidenciar um cenário complexo para os recursos hídricos impactados severamente pela tecnologia, Narasimhan pontua que a ciência deve contribuir ativamente na elaboração de normas jurídicas sobre água, argumentando que a ciência e o Direito atuam de forma construtiva quando unem esforços a serviço da sociedade.<sup>3</sup> A questão ecológica põe em causa, radicalmente, a dimensão de legislar para o futuro. Questões como essa traduzem a tensão existente entre ciência e política.

Conforme mencionado anteriormente, a análise da qualidade microbiológica da água visa aferir se há a presença de microrganismos originados de contaminação fecal na água, como forma de prevenir a transmissão de doenças de veiculação hídrica, em especial gastroenterites. Uma plethora de patógenos, incluindo rotavírus, adenovírus, enterovírus, norovírus, *Giardia*, *Cryptosporidium* e outros causadores de diarreias (inclusive bactérias) e outras enfermidades podem estar presentes mesmo na ausência dos coliformes fecais<sup>4</sup>.

Pelo art. 3º e 4º da Portaria do Ministério da Saúde nº 2914 de 12 de dezembro de 2011, toda água destinada ao consumo humano, distribuída coletivamente tanto por meio de sistema e solução alternativa coletiva de abastecimento de água como proveniente de solução alternativa individual, independentemente da forma de acesso da população, deve ser objeto de controle e vigilância da qualidade da água. O inciso II e III do art. 5º definem água potável aquele que atende “ao padrão de potabilidade estabelecido na Portaria e que não ofereça riscos à saúde” e padrão de potabilidade como o “conjunto de valores permitidos como parâmetro da qualidade da água para consumo humano”.

No que diz respeito à fiscalização, a Portaria indica que são as próprias abastecedoras as responsáveis pela fiscalização de seus serviços e estruturação de laboratórios próprios para a realização das análises dos parâmetros de potabilidade, aspecto este muito discutível. Ademais, cabem a elas cabem a elas efetuar o controle das características das suas águas somente encaminhando à autoridade de saúde pública relatórios mensais com informações sobre o controle da qualidade da água e notificando imediatamente a autoridade de saúde pública sempre que houver indícios de risco à saúde ou sempre que amostras coletadas apresentarem resultados em desacordo com os limites ou condições da respectiva classe de enquadramento.

Essa mesma tendência de repassar para as abastecedoras a responsabilidade também é clara no inciso VII, do art. 11 da referida Portaria quando apenas estabelece medidas de análise completa da água em situações emergenciais de “surto de doença diarreica aguda ou outro agravo de transmissão fecal-oral”. Esse “poder” das abastecedoras reforça a ideia da flacidez da legislação hídrica brasileira frente ao alarmante quadro de poluição da água, pois somente são tomadas medidas quando o caos se instala. A falta de preventividade da legislação em relação a medidas de prevenção resulta em violação ao direito fundamental à água potável e revela que os princípios constitucionais formadores do Estado Socioambiental de Direito não são observados. Em face disso, há que se indagar: qual a justificativa para arriscar vidas humanas com a previsão de revisão da Portaria a cada 5 anos?

Considerando-se tal preocupação, registra-se que, quando se coloca o termo flacidez, há de se ter em mente que muitos dos parâmetros previstos na legislação atual são de tal modo facilmente atingíveis que nitidamente o conjunto das forças do qual emana a regulação prioriza não a qualidade da água, mas sim a manutenção de um sistema ininterrupto de abastecimento que não cause ônus corporativos e, em última análise, por serem grande parte das companhias de controle de estados e municípios, também políticos. Tal problemática foi cerne do artigo intitulado “A flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes” que, efetivamente, traz o quão flácida e ineficiente é a portaria de potabilidade da água em não acompanhar os patógenos emergentes, e, pior ainda, inclusive os contaminantes já conhecidos sequer são contemplados<sup>5</sup>.

3 NARASIMHAN, T. N. Water, law, science. *Journal of hydrology*. Science Direct. Department of Materials Science and Engineering, and Department of Environmental Science, Policy and Management, University of California at Berkeley, p. 125-138, out. 2007.

4 HUPFFER, Haide Maria et al. A flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes. *Revista de direito ambiental*, v. 69, p. 315 – 342, jan./mar. 2013.

5 HUPFFER, Haide Maria et al. A flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes. *Revista de direito ambiental*,

A discussão sobre a flacidez da legislação brasileira em relação a patógenos emergentes implica, também, o enfrentamento de outra questão: a morosidade do processo legislativo e a utilização da lei como fonte exclusiva do Direito.

### 3. A PRIMAZIA DA LEI EM RELAÇÃO ÀS OUTRAS FONTES DO DIREITO

Tratar de fontes do direito e do processo legislativo é algo basilar no ordenamento jurídico, contudo quando as complexidades se aglomeram em torno de ineficiências essenciais, básicas e fundamentais como no caso da contaminação microbiológica da água para consumo humano, o retorno às bases faz-se imperativo.

Literalmente, Bobbio refere que “fontes do direito” são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas<sup>6</sup>. A lei, a analogia, o costume, a jurisprudência e os princípios gerais do Direito e a doutrina são consideradas fontes do Direito. Entretanto, para o positivismo jurídico, somente a lei, considerada *lato sensu*, pode oferecer critérios mais racionais que a jurisprudência, os costumes ou os precedentes.

Ao assumir que o Direito se resume a um conjunto determinado e hierárquico de normas objetivamente determinadas por atos do Legislativo e consolidadas em prescrições formais normativas, o positivismo jurídico ostenta como dogma a lei como fonte principal do Direito. Ao poder Judiciário é delegado um poder secundário e extremamente conservador: ele é, portanto, o transmissor de um corpo de regras exegético-normativas, só podendo recorrer a outras fontes por expressa autorização legal, tratando assim as demais fontes como acessórias.

Por essa razão, “no Brasil e na quase totalidade dos países modernos, a fonte principal do direito é a lei que brota do processo legislativo em parlamentos laicos e escolhidos pela comunidade”.<sup>7</sup> Essa postura assegura, fortalece e sedimenta a alienação dos juristas em reação aos problemas sociais e políticos de seu tempo, contribuindo para mantê-los na servil condição de executores da lei do Estado, “seres iluminados”, proferindo sentença com sentido unívoco, produto de um juízo de certeza, representando a única solução da moldura da norma, resultando, enfim, na submissão do juiz ao poder político.<sup>8</sup> Embora a suposta laicidade (apenas como figura de linguagem, para além da religião) torna-se discutível, uma vez que o parlamento “deveria” produzir legislação em atenção a demandas e a pressões da sociedade, incluindo gestores públicos e porque não, federações de companhias de abastecimento, academia e outras.

A respeito da identificação do Direito com a ordem legal vigente, Streck fala de uma crise de comprometimento, pois “obedece-se à lei, mas não se obedece à lei das leis [...]”<sup>9</sup>. Essa postura, para o autor, reflete que a lei assume a titularidade e a exclusividade das fontes do direito o que resulta na ineficiência que se vislumbra, ignorando-se inclusive a própria Constituição Federal. O autor discorre que o novo constitucionalismo exige uma “nova teoria das fontes”, uma “nova teoria da norma” e um novo “modo de compreender o Direito”. Para tanto, torna-se imperativo desmistificar que “a lei é a única fonte”, ignorando que a própria “Constituição é a nova fonte”, e o credo “no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepção a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo”<sup>10</sup>.

v. 69, p. 315 – 342, jan./mar. 2013.

6 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011. p. 58.

7 CARVALHO, José Maurício. *Miguel Reale: ética e filosofia do direito*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 177.

8 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 105-197.

9 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198-210.

10 STRECK, Lenio Luiz. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz?* 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2006->

A lei é (apenas) uma das fontes do direito que tem por intuito impor regras gerais de conduta<sup>11</sup>. Com a implantação do Estado Democrático de Direito a Constituição adquire papel central no ordenamento jurídico. Tanto a lei quanto as demais fontes, como os princípios, a analogia e os costumes, assumem papel meramente secundário. A Lei, contudo, em razão de sua origem democrática (legislativo) continua(va) sendo o local de aposta de transformação social. Porém, a perda de credibilidade no legislador<sup>12</sup> e a hipertrofia legislativa somada à falta de efetividade<sup>13</sup>, levam(ram) ao declínio da lei enquanto fonte. Por mais paradoxal que seja, não obstante a inflação legislativa, ainda existem determinadas áreas que permanecem em uma obscuridade legal: é o caso dos patógenos emergentes contaminantes da água,

Consoante o artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito a concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para sua formação”. A lei de introdução às normas do direito brasileiro, em seu artigo 3º disciplina a obrigatoriedade da lei, ao discorrer que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. No mesmo sentido, o mesmo diploma legal, refere em seu artigo 4º que o julgador decidirá o caso em conformidade à lei e quando essa for “omissa”, “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, admitindo-se, pois, a discricionariedade do intérprete.

Em suas considerações, Streck denuncia que para muitos “interpretar a lei é retirar da norma tudo o que ela contém”(sic), como se o processo hermenêutico fosse uma “lipoaspiração epistemológica”, sendo que não está autorizado pelo processo hermenêutico quaisquer “atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete”. O fato é que “o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos”<sup>14</sup>.

Por isso é razoável afirmar que sistema vigente é ineficaz ao caso concreto uma vez que é evitado de discricionariedade sem quaisquer critérios, possibilitando ao aplicador, interprete e julgador fazer uso de múltiplas e distintas formas com base no mesmo dispositivo, ou melhor, na mesma fonte de direito (lei), ou a pretexto da subjetividade na interpretação ou sob a justificativa das “lacunas” no ordenamento. É exatamente essa prática que gera insegurança e insucesso às regulações, como no acompanhamento aos microrganismos contaminantes da água.

Em verdade, é exatamente o que é flagrado quando grande parte das questões ambientais é tratada por regulamentações expedidas por órgãos do executivo brasileiro, fazendo às vezes de “legisladores”. Essa constatação sustenta que no Brasil, observa-se a *práxis* do Poder executivo agindo de forma a proteger-se da fiscalização do considerado “coadjuvante” Poder Legislativo, sobretudo percorrendo, livremente, o fértil terreno legislativo, dentro e fora de qualquer limite estabelecido, “em alguns momentos pela força das armas, impondo regras de forma arbitrária, e em outros, pela força das majorias, operando à margem dos textos constitucionais e beneficiando-se da aquiescência ou da resignação do legislativo”<sup>15</sup>.

Dworkin refere, exatamente, que o direito, simplesmente, é o que “as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado”, retratando, pois, o processo legislativo, e que a divergência entre os intérpretes, julgadores e advogados, advém da discordância do que o

jan-05/devemos\_importar\_sim\_doutrina>. Acesso em: 19 set. 2016. p. 01.

11 “No huelga recordar que el Estado de Derecho tenía como uno de sus valores jurídicos prioritarios la supremacía de la ley. Heredo ideológico de las aspiraciones del iluminismo jurídico, el Estado de Derecho consideraba la garantía de la generalidad como un elemento constitutivo de la ley y como un fundamento de su primacía en cuanto fuente jurídica.” PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *El desdoblamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011. p. 110.

12 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e consuetudinização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125.

13 “La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrument y causa de inestabilidad.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 38.

14 STRECK, Lenio Luiz. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz?* 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 19 set. 2016. p. 03.

15 PESSANHA, Charles. O poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 180.

direito “deveria ser” e não do que realmente é. Assim, afirma que “a divergência teórica é uma ilusão, que na verdade os advogados e juizes estarão de acordo quanto aos fundamentos da lei”<sup>16</sup>.

Dworkin relata, ainda, que nos Estados Unidos e na Grã Bretanha a opinião popular profere que os juizes devem cumprir o direito “ao invés de tentar aperfeiçoá-lo”, no entanto o autor atenta que alguns juizes não aceitam tal “submissão”, submetendo a lei a seus objetivos ou opiniões políticas. “São estes os maus juizes, os usurpadores, os destruidores da democracia”, profere. Em contrapartida, alguns populares, minoritariamente, entendem o oposto, que, “o mau juiz é o juiz rígido e ‘mecânico’, que faz cumprir a lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência que segue. O bom juiz prefere a justiça à lei”<sup>17</sup>.

Gadamer, por sua vez, refere que “A lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas”<sup>18</sup>, e uma das razões apontadas seria a de que “não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida no seu todo está orientada”<sup>19</sup>.

Essa visão patológica do Direito ancorado no império da lei é sustentada por posturas positivistas de um pensamento jurídico objetificador em que predomina um excessivo formalismo e procedimentalismo, como uma espécie de porto seguro que possibilita alcançar a “vontade da norma, o espírito do legislador e o unívoco sentido do texto”<sup>20</sup>, resultando na objetivação da interpretação. Qualquer diagnóstico mostrará que a crise da operacionalidade do Direito Ambiental expõe suas insuficiências por não se afastar do modelo de Direito sustentado por normas, que se consolida pela negação à abertura propiciada pelos princípios constitucionais ambientais que objetivam evitar a discricionariedade judicial, além de outras tantas insuficiências que tornou o Poder Legislativo refém de interesses econômicos e políticos.

#### 4. A (IM)POSSIBILIDADE DE LEGISLAR SOBRE O FUTURO

O processo legislativo representa um dos mais relevantes “elementos de representatividade dentro de uma sociedade que se descreve como constitucional, isto é, dentro de um Estado de Direito onde as constituições assumem um papel de conservação dos direitos fundamentais e da ordem estabelecida como sinais democráticos”, como observa Luz.<sup>21</sup> Para o autor, inobstante e inevitavelmente, o processo legislativo também “engloba o conjunto de fatores reais ou fáticos que põem em movimento os legisladores”, sendo que tais procedimentos ou fatores incluem “o modo de proceder ao realizar a tarefa legislativa, sua influência sobre determinados projetos de lei, a opinião pública, as crises sociais, as pressões de grupos organizados, *lobbying*, os acordos de partidos, as compensações políticas, a composição partidária ou social da assembleia, além da troca de votos [...]”<sup>21</sup>. É possível antever que “a opinião pública” que “deveria” ser levada em consideração no processo legislativo, somente o é quando resulta em “acordos, favores e votos”, ou seja, quando houver interesses envolvidos.

No caso em exame (contaminação da água por microrganismos patogênicos) e no que se refere ao processo legislativo, objetivamente tratando, para que, então, se constate as razões do tempo de defasagem entre a atualização da lei e a descoberta científica, no caso, os patógenos emergentes contaminante da água,

16 DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p.10-11.

17 DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p.11.

18 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 474.

19 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p. 477.

20 STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado Democrático de Direito. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, jul./dez. 2015. p. 575.

21 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013. p. 10.

contempla conjunto de atos que consistem em iniciativa, discussão, emenda, votação, sanção e veto, promulgação e publicação, praticados pelos órgãos competentes na produção das leis e outras espécies normativas indicadas diretamente pela Constituição<sup>22</sup>. Evidencie-se: sem qualquer discussão com a sociedade, que seria a titular do poder, apenas representada pelo poder legislativo e o processo que o compreende, e menos ainda citam qualquer menção, consulta ou inspiração no conhecimento produzido pela pesquisa e tecnologia ou por órgãos técnicos com conhecimentos específicos e científicos da matéria objeto de regulação, ou seja, o processo legislativo compreende fases titularizadas unicamente pelos poderes legislativo e executivo, o que talvez desde o princípio denote a razão de sua ineficiência.

Todavia, além do processo legislativo apresentar um tempo de defasagem (no caso brasileiro, gigantesco) entre a descoberta científica e a regulação, também se depara quanto à (im)possibilidade de se legislar sobre o futuro. Dessa feita talvez outra fonte do direito, que não a lei propriamente dita, pudesse dar conta da complexidade dessa tarefa: acompanhar os avanços científicos às vistas da concretização de direitos constitucionalmente previstos, ou quem sabe o diálogo entre as fontes, a exemplo legislação e princípios.

A esse respeito, outro problema enfrentado é que fatores econômicos gerem mais harmonização social do que a própria legislação, uma vez que, por vezes, a lei representa mero temor aos riscos de sanções que se seguem a partir da violação da mesma, mas o que efetivamente traz inovações é o caráter/interesse econômico. Talvez aqui se a atualização dos parâmetros de potabilidade trouxesse algum interesse econômico aos poderes legislativo e executivo, quem sabe essas fases que compõem o processo legislativo, se tornariam mais eficientes e acompanhariam os patógenos emergentes contaminantes, ou quem sabe o tempo de atualização seria menos prolongado.

Assim e embora se saiba que não é exatamente com o propósito representativo que o poder legislativo opere, instaura-se “uma ideia de representação que está intimamente ligada à separação de poderes”<sup>23</sup>. A partir de então, é possível antever as falhas estruturais ou procedimentais do processo legislativo, que denotam a subjetividade, parcialidade e fragmentação/isolamento do processo em si.

Da mesma forma, ocorre quanto à atualização da legislação, se é que o termo “atualização” pode literalmente ser empregado frente à evidente dicotomia entre efetividade e atualização normativa, ou seja, entre lei e realidade, haja vista que, sem atualização, a legislação torna-se ineficaz, como flagrado constantemente e apontado no caso específico da flacidez da legislação presente quanto à qualidade da água de consumo quando cientificamente são encontrados novos patógenos contaminantes, os quais deveriam ser, imediatamente, inseridos na regulação específica para que constassem nos indicadores de potabilidade.

Em se tratando de processo legislativo internacional, discorre Luz, caracterizando-o como a “forma na qual instituições normativas são consolidadas no seio da ordem global, tradicionalmente por meio de tratados internacionais realizados por Estados soberanos”. O autor traz como exemplo o Parlamento Europeu, como sendo o único órgão da União Europeia que resulta de eleições diretas desde 1979, fazendo dele “único”: “o Parlamento Europeu, tem um verdadeiro poder legislativo, que desenvolve e aprova leis diretamente, embora não tenha poderes de soberania como um parlamento nacional, porque ele é um colegislador”<sup>24</sup>. Profere que atualmente é “o modelo mais avançado de parlamento de integração existente”<sup>25</sup>.

Na União Europeia, o art. 26 da Directiva 98/83/CE do Conselho de 3 de Novembro de 1998 não impõe limites aceitáveis e só aceita a ausência absoluta de “microrganismos, parasitas ou quaisquer substâncias em quantidades ou concentrações que constituam um perigo potencial para a saúde humana” para consi-

22 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013. p. 11.

23 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013. p. 12.

24 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013. p. 12.

25 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013. p. 11.

derar a água limpa e salubre para consumo humano, bem ao contrário da legislação brasileira. Se observado a contaminação da água na União Europeia o fornecimento dessa água deve ser proibido ou sua utilização restringida. Já no Brasil, as providências a serem tomadas ficam à cargo da discricionariedade administrativa da autoridade de saúde pública competente.

Outro exemplo é a Directiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de maio de 2003 que estabelece que os Estados-Membros devem assegurar a participação do público na elaboração de planos e programas relativos ao meio ambiente, contribuindo assim para a implementação das obrigações decorrentes da Convenção de Aarhus de 2001 (Convenção sobre o Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça). A Directiva 2003/35/CE no art. 2, inciso 2, alínea b disciplina que: “b) O público tenha o direito de exprimir as suas observações e opiniões, quando estão abertas todas as opções, antes de serem tomadas decisões sobre os planos e programas; c) Ao tomar decisões sobre os planos e programas, sejam devidamente tidos em consideração os resultados da participação do público”<sup>26</sup>.

Embora não se possa realizar propriamente um comparativo entre o Poder Legislativo brasileiro e da União Europeia, é pertinente tratar de uma essencial diferença: no Brasil os parlamentos não estão abertos/ acessíveis à sociedade, como na Europa, o que justificaria a ineficiência e morosidade, além é claro de nossa democracia “representativa”, representar unicamente os interesses dos próprios parlamentares e não da população que os elegeu. Explica Luz, ainda a respeito da experiência europeia, que, mesmo sendo forte e amplo, é compartilhado entre o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu. Nessa sistemática, a elaboração das leis europeias diretivas e regulamentos é distribuída conforme a competência de cada órgão, que tem a possibilidade de aprovar, alterar ou rejeitar o conteúdo das leis europeias. Dois terços das leis europeias são adotadas, conjuntamente, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho<sup>27</sup>.

Erik Jayme, idealizador da Teoria do Diálogo entre as Fontes no Direito Internacional Privado, pontua que a União Europeia assume “como tarefa principal da ciência descobrir, conceituar e daí criar um direito privado europeu”. Nesse contexto, sobressai na cultura jurídica europeia o fato da mesma retornar “às mentes com a ajuda do direito comparado” o que para o autor representa “um instrumento, uma nova guia, uma nova ‘diretiva de interpretação’ (*Interpretation directive*)”<sup>28</sup>.

O fato é que, por meio de uma delegação por áreas de competência, torna-se muito mais eficiente o processo legislativo tanto do ponto de vista prático, adaptando-se ao caso concreto, quanto do ponto de vista objetivo, desvencilhando-se de interesses aquém à finalidade pública.

Luz, ainda e por derradeiro, trata da necessidade de criação de “conceito de bens públicos globais” “pois, de outra forma, a democratização e a participação de novos atores não levaria em conta coletividades, apenas objetivos e interesses individuais”<sup>29</sup>. Em relação a esse contexto, Santos aduz que um dos modos de produção da globalização são as lutas transnacionais pela proteção de recursos e serviços ambientais considerados patrimônio comum da humanidade e que são essências para a sobrevivência digna do ser humano, “cuja sustentabilidade só pode ser garantida em escala planetária”. Pela sua natureza, os recursos ambientais devem ser geridos por outra lógica e concebidos como patrimônio comum da humanidade em nome da equidade intergeracional o que certamente exige uma responsabilidade alargada à escala universal<sup>30</sup>.

Nesse cenário internacional, a própria Agência Nacional de Águas (ANA) reconhece que “Diretrizes internacionais de qualidade da água podem auxiliar no estabelecimento de níveis de proteção padronizados

26 UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2003/35/CE* no art. 2, inciso 2.

27 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013. p. 12.

28 JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, p. 24, jan. 1999.

29 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, p. 14, 2013.

30 SANTOS, Boaventura de Souza. Linha do Horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 70.

referentes à saúde humana e ambiental relacionados à água em todos os países e ajudar na elaboração de normas viáveis de qualidade da água”<sup>31</sup>. Isto posto, a observação ao processo legislativo internacional faz pleno sentido por seu significado na garantia de formas democráticas de produção legislativa, bem como pelo compromisso com os bens públicos globais<sup>32</sup>, o que deveras não ocorre no cenário brasileiro.

Assim, a atualização caminha juntamente da regulação, tanto em situações genéricas quanto para o que se propõe o presente estudo: obtenção de água própria para o consumo humano. E nesse anseio por solucionar o problema da flacidez da legislação/regulação brasileira em relação aos patógenos emergentes que inviabilizam o consumo humano da água, há de se pensar em novas formas de conferir efetividade a direitos essenciais, sendo elementar referir que o meio ambiente é imprescindível não apenas à existência humana como à vida, desta feita, assim como os princípios basilares de nosso ordenamento, a preservação ambiental e a saúde pública estão previstas em nossa Constituição, considerada o imperativo regulatório em nosso ordenamento.

A partir do exposto, tornou-se perceptível que o tempo de defasagem entre o processo legislativo e a descoberta de novos patógenos que contaminam a água para consumo humano carece de solução. E, por isso, é coerente utilizar o diálogo entre as fontes de Direito quando se descobrirem novos microrganismos contaminantes da água já que atentam à vida, até que os novos parâmetros sejam atualizados na regulamentação normativa específica, compactuando dessa feita com a igualdade das fontes do direito, onde princípio e legislação caminhem juntos para a concretização de direitos e em especial para perpetuação da vida. Além do diálogo entre as fontes do Direito, revela-se indubitável a interdisciplinariedade, perfazendo esse diálogo entre ciência, direito, tecnologia e Estado, uma vez que atualmente o que se observa é a falta de coesão entre academia, sistema legislativo, político e jurídico.

## 5. DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO NA QUESTÃO DOS PATÓGENOS EMERGENTES

Em vista da necessidade de adaptar os avanços científicos às formas de regulação da sociedade (fontes do direito) é que o diálogo entre as fontes do direito pode representar uma viável, e talvez única, alternativa de harmonização entre realidade e regulação, promovendo uma “revolução no Direito”. Esse se revela o desafio diante da flacidez da regulação frente aos patógenos emergentes contaminantes da água.

No último século, houve uma renovação no plano da teoria das fontes do direito. Hoje é reconhecido o papel da jurisprudência, da historicidade do direito, das convenções internacionais e dos princípios gerais do direito. A Teoria das Fontes de direito ressurgiu para garantir que o direito não pode ser concebido apenas sob o mito da exclusividade da lei.

Engelmann explica o diálogo das Fontes, representando o próprio “diálogo entre leis postas, podendo, também, envolver normas narrativas de inspiração, costumes, princípios gerais, reconhecendo a força dos princípios imanentes do sistema e do bloco de constitucionalidade”, trabalhando simultaneamente a aplicação das diversas e distintas fontes legislativas. Sintetiza que “as fontes do direito dialogando entre si contribuirão com respostas jurídicas frente ao atual déficit legislativo”<sup>33</sup>, a exemplo do que ocorre com a regulação dos patógenos emergentes contaminantes da água, uma vez que a descoberta de um novo contaminante não resulta em consequente e urgente atualização da portaria de potabilidade.

31 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. *Cuidando das águas: soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos*. Brasília: ANA, 2011. p. 83.

32 LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013. p. 15.

33 ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel Von. De Eric Drexler a Erik Jayme: as respostas que o direito (ainda não) tem para a questão das nanotecnologias. In: ROVER, Aires José; SIMÃO FILHO, Adalberto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Org.). *Direito e Novas Tecnologias*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 385-386.

Nessa esteira, com o diálogo entre as fontes essa atualização da regulação que estabelece a parametrização da potabilidade da água, ou seja, esse acompanhamento às novas descobertas científicas sobre novos contaminantes microbiológicos na água poderia acontecer, convergindo legislação e princípios, por exemplo.

A defesa pela adoção da Teoria do Diálogo entre as Fontes do Direito acompanha o dizer de Engelmann de que a “estrutura do sistema jurídico não responde adequadamente aos desafios que eles estão lançando, exigindo a revisão da estrutura e concepção das fontes do Direito”<sup>34</sup>. E eis aqui o ponto crucial do presente estudo, apontando a necessidade de reestruturação das fontes do direito, ou seja, modificações estruturais, para que haja sintonia entre realidade e regulação (atualização das novas descobertas científicas, que no caso de patógenos emergentes, atentem contra a água para consumo humano).

Amaral Júnior observa que foi Jayme quem denominou a aplicação coordenada e simultânea das fontes legislativas convergentes de “diálogo das fontes”, ou seja, a teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida por Erik Jayme, na Alemanha. Nesse sentido, sinaliza para uma nova forma de encarar a coexistência das normas. “A eliminação da norma incompatível não é abandonada, mas é uma via extrema a ser usada quando todos os outros recursos falharam”<sup>35</sup>.

Engelmann propõe a revisão da “estrutura das fontes do Direito, saindo de um cenário onde as fontes são analisadas individualmente, para uma valoração conjunta e complementar”<sup>36</sup>, ou seja, propondo o diálogo entre as fontes. Esse diálogo, na perspectiva de Marques, propõe evitar-se a “antinomia”, conflitos de convergência na aplicação em caso concreto de duas normas, buscando, pois, soluções plurais<sup>37</sup>. Para Erik Jayme, o pluralismo, que caracteriza a cultura pós-moderna no direito, “manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (*Zersplitterung*)”, manifestando-se no pluralismo de sujeitos<sup>38</sup>.

Preconizando essa “(re)estruturação das fontes do Direito”, Engelmann enfatiza que se viabiliza “uma abertura do sistema jurídico para a efetiva valorização do ser humano e do meio ambiente[...] retirando a estrutura hierárquica das fontes do Direito”<sup>39</sup> propondo, pois, o diálogo entre as fontes, ou seja focando-se em uma horizontalização com “passagem obrigatória pela Constituição”<sup>40</sup>.

Como observado no item anterior, que trata das fontes do direito e do processo legislativo, a hierarquização das fontes é paradigma vigorante que coloca a lei no topo da pirâmide, como se a legislação em si desse conta de todas as complexidades atinentes ao ordenamento jurídico.

Portanto, frente ao insucesso da hierarquização das fontes do Direito, propõe-se a sua horizontalidade: “No lugar da verticalização do escalonamento piramidal das fontes será instalada uma disposição horizontal

34 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

35 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O Diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, 2008. p. 17.

36 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016. p. 384.

37 MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista Da ESMESE*, Aracajú, n. 7, 2004. p. 42.

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

39 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

40 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

de todas elas, potencializando o diálogo e resposta articulada constitucionalmente”<sup>41</sup>, ou seja, o diálogo entre as fontes que tentam “vencer o filtro constitucional”.

Nesse trilhar, Mazzuoli e Teixeira, trazem o exemplo norte-americano, ao mencionar que em defesa dos direitos fundamentais e humanos, que perpassam por um fenômeno denominado “greening” (esverdeamento em uma tradução literal, remetendo a uma visão conservacionista do ambiente) às vistas da introdução da preservação ambiental como intrínseco à defesa dos direitos fundamentais, em nenhum momento os sistemas de proteção “rivalizam com a jurisdição estatal” na “proteção de forma mais célere e efetiva dos direitos fundamentais”<sup>42</sup>. Quando se trata de água segura para consumo humano não pode pairar qualquer dúvida a esse respeito e não se pode deixar a solução a critério da discricionariedade do órgão público ou das abastecedoras. Quem está preso ao paradigma da lei como única e exclusiva fonte do Direito é incapaz de perceber as limitações textuais do sistema de normas quando confrontado com a realização do direito fundamental à água potável e segura.

A partir de exemplos concretos (Convenção Americana e as normas dos tratados internacionais e do direito interno), Mazzuoli e Teixeira preconizam o diálogo entre as fontes às vistas da aplicação da norma mais benéfica ao ser humano<sup>43</sup>, e então intrinsecamente está contido o meio ambiente, ou seja, trata-se de utilizar o diálogo entre as fontes para fazer uso “da melhor norma a ser utilizada no caso concreto”<sup>44</sup>, o que seria viável no caso em pauta agregando princípios ambientais e regulação específica para concretizar a constituição no sentido de proporcionar aos cidadãos água potável.

Tal aplicação demonstra não apenas o diálogo entre as fontes como entre o sistema em si, uma vez que possuem o mesmo propósito. Eis a pergunta ao caso da contaminação microbológica da água por patógenos emergentes no Brasil, todos possuem os mesmos propósitos, ou seria mais adequado denominar de interesses?

Água segura para consumo humano é por definição primária, água sem contaminação microbológica, contaminantes radiológicos e substâncias químicas. Embora com atraso, em 2010 a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) pela Diretiva n° 64/292 reconheceu o direito à água potável e ao saneamento básico como um direito humano fundamental e essencial para a sadia qualidade de vida e de todos os direitos humanos. O Brasil, como país signatário de pactos de direitos internacionais, tem como obrigação criar as condições para realizar em seu território o direito fundamental à água potável. Uma das formas de realização desse compromisso se dá pelo Diálogo entre as Fontes de Direito quando se está diante de um novo patógeno contaminante na água para consumo.

Para tanto, Mazzuoli e Teixeira asseveram que esse “diálogo deve ocorrer entre as normas de direito interno e internacional”, embora concluem que no Brasil esse acontecer ainda está em “estágio aquém da maturidade”<sup>45</sup>. Entretanto, é essa funcionalidade do Direito que a sociedade espera e reivindica ao necessitar de regulação prática desde as necessidades mais básicas, como água potável, às mais complexas, contudo essa não é uma tarefa simples e isolada, e menos ainda, quando se burocratiza e hierarquiza as próprias fontes reguladoras.

Supiot trata do “declínio das leis”, em primeira análise, discorrendo que “é o diagnóstico geralmente

41 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

42 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-242, jan./jun. 2013. p. 221.

43 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-242, jan./jun. 2013. p. 220.

44 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-242, jan./jun. 2013. p. 220.

45 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-242, jan./jun. 2013. p. 221-225.

formulado pelos juristas sobre o Direito positivo: a inflação das leis, sua volatilidade, sua importância para apreender um mundo decididamente complicado demais, tudo isso faz a lei perder sua majestade e seu valor”. O autor ao confirmar a distância entre a lei e o sujeito do direito, define como alternativa uma técnica de normatização dos comportamentos: “A governança é para o governo o que a regulação é para a regulação e a ética, para a moral: uma técnica de normatização dos comportamentos que tende a preencher a distância entre a lei e o sujeito de direito.” Consiste, pois, em obter comportamento consoante a “ordem estabelecida”<sup>46</sup>.

Com esse raciocínio, exemplifica Supiot, em sua obra *Homo juridicus*, que é possível, no caso concreto, substituir “uma lógica de controle de aplicação da lei por uma lógica de acompanhamento da realização de um projeto definido conjuntamente”. E, vai além, tratando da sanção que é o que confere o caráter coercitivo, e talvez por isso prevalente, à lei: “a ideia de sanção tende então a dissolver-se em mecanismos contratuais de revisão regular dos direitos e obrigações das partes”<sup>47</sup>.

Eis aqui um horizonte próspero a ser realizado às vistas da regulação acompanhar os patógenos emergentes contaminantes da água, por meio de um projeto definido conjuntamente, em que legislação e princípios ambientais dialoguem e concretizem o direito fundamental à água potável.

Quanto aos limites e possibilidades do diálogo das fontes do direito e/no direito ambiental, especialmente preconizando a potabilidade da água, inerente à sobrevivência e dignidade humana, “no sentido empregado pelo art. 225, *caput*, do Texto Constitucional, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um *princípio* lógico do direito à vida”<sup>48</sup> e elementarmente a saúde humana, também, possui amparo por corresponder e corroborar com o direito à vida, o que denota que Direitos humanos e meio ambiente estão intimamente ligados, e o texto constitucional, como visto, preconiza ambos. Nesse raciocínio o dialogar das fontes do direito, no caso dos microrganismos que contaminam a água, representa a convergência dos princípios constitucionais ambientais e direitos humanos, em consonância com a legislação. Além disso, corroboram outras fontes bem como o princípio da vedação do retrocesso, que trata que uma nova norma não deva reduzir direitos adquiridos anteriormente, como, por exemplo, no caso das portarias de potabilidade da água, significando que portaria posterior não pode reduzir ou suprimir avanços anteriormente conquistados.

E não é só no Brasil que se faz tal previsão de proteção ambiental e aos direitos humanos de forma conjugada, Mazzuoli traz referências internacionais dessa proteção: No sistema interamericano de direitos humanos, pelo art. 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (conhecido por Protocolo de San Salvador), de 17.11.1988; No *Princípio 1* da Declaração de Estocolmo; No Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992; Na Convenção sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça nas Questões Ambientais (Aarhus, 25.06.1998), destaque-se o preâmbulo: “toda pessoa tem o direito de viver num meio ambiente adequado a sua saúde e bem-estar e o dever, tanto individualmente quanto em associação com outros, de proteger e melhorar o meio ambiente em benefício da geração atual e das gerações futuras”; Na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Nova Iorque, 20.11.1989); Na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Banjul, 26.06.1991); No art. 27 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; No art. 111 do Tratado para o Estabelecimento da Comunidade da África Oriental<sup>49</sup>.

Tais disposições ilustram o avanço internacional e nacional, haja vista que a Constituição Federal de 1988, “seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo de se igualar hierarquicamente os tratados de proteção dos direitos humanos às normas constitucionais, deu um grande passo rumo à abertura do sistema

46 SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF M. Fontes, 2007. p. 74-209.

47 SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF M. Fontes, 2007. p. 217-218.

48 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 34, abr. 2004. p. 97.

49 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 34, abr. 2004. p. 97.

jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos”, ao estatuir, no artigo 5º, § 2.º que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>50</sup>.

Esses tratados internacionais, também, podem representar fonte do direito que podem/devem dialogar com outras fontes em busca da potabilidade da água à medida que preconizem a saúde humana (indubitável aos direitos humanos) no combate aos patógenos emergentes contaminantes da água.

Quanto à mutabilidade/atualização, Supiot discorre que “Menos ainda que a da Lei, *aideia de Direito* não poderia ter pretensão à universalidade. Com o Direito, a Lei muda de natureza. De prescrição revelada para sempre num texto imutável, ela se torna um objeto técnico, cujo sentido procede do espírito do Homem que pode criá-la ou reformá-la”. Propõe, em vista do exposto, “a via de um Direito cuja interpretação é realmente aberta”, e eventualmente um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos, em se tratando de direitos internacionais<sup>51</sup>.

Às vistas de realizar a deserarquização entre as fontes, por sua vez, os princípios acabam tendo salutar relevância, pois, como refere Engelmann, “acabam sendo os responsáveis pela aproximação e relação entre as diversas normas jurídicas”, tornando-se o “elo fundamental para a concretização do diálogo entre as fontes”<sup>52</sup>.

Outra tarefa dos princípios é a de atribuir coerência e consistência, consoante refere Bacovis, reiterando que os princípios possuem papel importante na formação do Direito, oferecendo coerência e a consistência, “dando suporte tanto àquele que produz a norma como àquele que a interpreta”<sup>53</sup>. Assim, “os princípios atuam como inspiração aos legisladores (expressão genérica) e também como apoio aos intérpretes, sendo considerados a verdadeira inteligência das normas em suas duas funções: ordenadora e prospectiva”<sup>54</sup>.

Para tanto, vislumbra-se que a aproximação entre as fontes proporcionada pelos princípios acaba concomitantemente norteando o interprete e o desvencilhando da discricionariedade, haja vista que interpretar “não significa tirar o significado das palavras do texto[...] mas atribuir-lhe sentido”<sup>55</sup>. Da mesma maneira, Dworkin revela que “Os juízes devem tomar suas decisões de *common law*”<sup>56</sup> embasados em princípios, não em políticas”<sup>57</sup>.

Para tanto, o resgate ao caso concreto (nesse caso a contaminação microbiológica da água para consumo humano) torna-se condição de possibilidade, sendo necessário, para tanto, recuperar, nas palavras de Stein, o “verdadeiro ambiente”<sup>58</sup>, haja vista o mundo prático ter sido “sequestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemo-metodológicas”<sup>59</sup>. Ou seja, há necessidade do direito desentranhar-se do puramente

50 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 34, abr. 2004. p. 97.

51 SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF M. Fontes, 2007. p. 238-268.

52 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

53 BACOVIS, María Cristina M. de Figueiredo. A maturidade das fontes como elemento de consolidação do direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 233-278, jun. 2012.

54 BAPTISTA, Carlos Alberto. A constituição como sistema de princípios e normas. *Revista Jurídica Mater Dei*, Pato Branco, v. 2, n. 2, jan./jul. 2002. p. 80.

55 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

56 Dworkin explica que “Os juristas britânicos e norte-americanos falam da doutrina do precedente; referem-se à doutrina segundo a qual decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nestes últimos”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 30-31.

57 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Londres: Fontana Press, 1986. p. 244.

58 STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 10.

59 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 5-11.

formal e ultrapassado, para acompanhar a realidade e as descobertas científicas que contribuam com a sociedade. No caso em tela, utilizando-se do diálogo entre legislação e princípios ambientais para regular os patógenos emergentes que atentem à potabilidade da água.

Resgatando esse “verdadeiro ambiente”, promove-se o encontro da verdade e da realidade, qual seja água imprópria para consumo humano diante da desatualizada portaria de potabilidade. Nesse viés, Gadamer refere que “verdade é desocultação” à medida que o “discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece, também, a aparência, o engano e a simulação”, e é exatamente através desse encaminhamento que o diálogo entre as fontes de direito, com salutar papel aos princípios, faz sentido e vem de encontro à interdisciplinaridade e à hermenêutica filosófica ao buscar a resposta correta, tendo, pois, a pretensão de encontrar a verdade, a realidade<sup>60</sup>.

Com efeito, para que o diálogo entre as fontes promova harmonização necessária ao ordenamento entre realidade e regulação, relevante se torna o combate à discricionariedade, desprovida de critérios bem definidos, visto que o intérprete não deve decidir conforme o seu entendimento, mas sim conforme o ordenamento constitucional e as atualizações científicas, restando descabido pois, estabelecer parâmetros de potabilidade da água sem analisar as descobertas científicas e consultar as áreas pertinentes. Assim, também, assevera Freitas: “[...] quanto mais se estiver preocupado com os propósitos ativos da Constituição, menor será o risco de subjetivismo excessivo dos intérpretes [...]”<sup>61</sup>.

Para tanto, os verdadeiros sentidos dos princípios têm de serem desvelados e concretizados, sendo pois inadmissível que o intérprete/julgador escolha qual a “melhor” interpretação atribuir aos mesmos, ou a qualquer fonte do Direito, o que corrobora à substituição hierárquica da lei pelo diálogo entre as fontes do direito.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, tornou-se perceptível que o tempo de defasagem entre o processo legislativo e a descoberta de novos patógenos que contaminam a água para consumo humano carece de solução. Também se torna compreensível que a legislação e o processo legislativo não dão conta de toda a problemática que envolve a potabilidade da água e a preservação ambiental.

Destarte, a regulação exerce grande papel quando é de fato concretizada. Sobretudo não se trata meramente da criação de novas leis, o que realmente é constatado é que somente a legislação eficaz e atual tem sentido e razão de existir, pois do contrário se torna inútil.

Para tanto, as fontes do direito devem impreterivelmente acompanhar a ciência, que evolui com o passar dos tempos, e embora se saiba que um tempo de defasagem entre o conhecimento da dinamicidade científica e seu alojamento em Lei seja inevitável, através do diálogo das fontes do direito se torna viável a adaptação ao caso concreto.

A exemplo da Directiva 98/83/CE e da Convenção de Aarhus de 2001, harmonizando tais disposições com os princípios constitucionais brasileiros a fim de suprir a flacidez da legislação (portaria de potabilidade da água), no sentido de concretamente se utilizar de todos os meios para que a água destinada ao consumo humano seja salubre e limpa, ultrapassando, pois os parâmetros momentaneamente estabelecidos, representaria o literal diálogo entre fontes do direito a nível nacional e internacional em vista da concretização do constitucionalmente disposto, como discorrido ao longo do estudo.

Em nível nacional, a portaria de potabilidade (Portaria MS N° 2914 de 12 de Dezembro de 2011) deve

60 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 59-60.

61 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 33-34.

concretizar a disposição que trata de revisão de cinco em cinco anos e crescer, a exemplo da Comunidade Européia, que caso se faça necessário deverá ser revista antes desse período. Mas não é só, efetivamente deve promover o diálogo entre as fontes ao caso concreto quando se verificar a descoberta de algum novo patógeno emergente contaminante da água para consumo humano. Ou seja, deve se valer do direito fundamental à água potável protagonizado pela ONU, dos princípios ambientais constitucionais e do princípio da dignidade da pessoa humana para em cumprimento do disposto no artigo 225 da Constituição Federal conferir potabilidade da água que é um direito fundamental, e para tanto deverá, sob tais argumentos, fazer uso imediato das técnicas (tecnologias) possíveis para inibir a contaminação, até que a portaria seja atualizada, já que o tempo de defasagem entre a descoberta científica e a regulação (atualização da portaria) é inevitável, uma vez que não há como se legislar sobre o futuro.

Para tanto há de se utilizar da interdisciplinariedade, onde ciência, tecnologia e direito unam esforços no acontecer constitucional, aqui especificamente em busca da potabilidade da água. Do contrário ou se permanecerá num faz de conta, onde se acredite que a portaria de potabilidade contempla todos os patógenos e assim todos possuem água potável ao abrir as torneiras de suas residências ou então se transferirá ao Judiciário a questão que decidirá discricionariamente, frente à flacidez/lacuna legislativa.

Todas essas questões revelam que, além de valorar devidamente o texto Constitucional, em se tratando de deserarquização das fontes do direito, a preservação da natureza e a saúde pública não possuem menos importância do que qualquer outro tema, haja vista se tratar de previsões expressas na Constituição Federal em vigor, em legislações esparsas e nos tratados e acordos internacionais da ONU dos quais o Brasil é signatário, que por si só já denomina pressuposto e condição de possibilidade de quaisquer outras discussões.

Isto posto, especificamente tratando do problema da legislação frente aos patógenos emergentes contaminantes da água para consumo humano, se fosse observado somente o caráter normativo, regulatório da questão, ter-se-ia como primordial, em qualquer situação, a iminente e imperativa observância dos avanços científicos para garantir a potabilidade da água, ordenando aos abastecedores que fizessem uso das técnicas e tecnologias necessárias para combater os novos contaminantes, até que nova portaria (mera formalidade) fosse aprovada, a exemplo da União Europeia, contudo, o que se observa são os empecilhos políticos e de gestão (ineficiência e falta de fiscalização), que contaminam a esfera jurídica e os três poderes, legislativo, executivo e judiciário, tornando todo o sistema inoperante baseado na política de interesses.

Por isso e em vista da necessidade de adaptar os avanços científicos às formas de regulação da sociedade (fontes do direito), o diálogo entre as fontes do direito pode representar uma viável, talvez única, alternativa de harmonização entre realidade e regulação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. *Cuidando das águas: soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos*. Brasília: ANA, 2011.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, 2008.

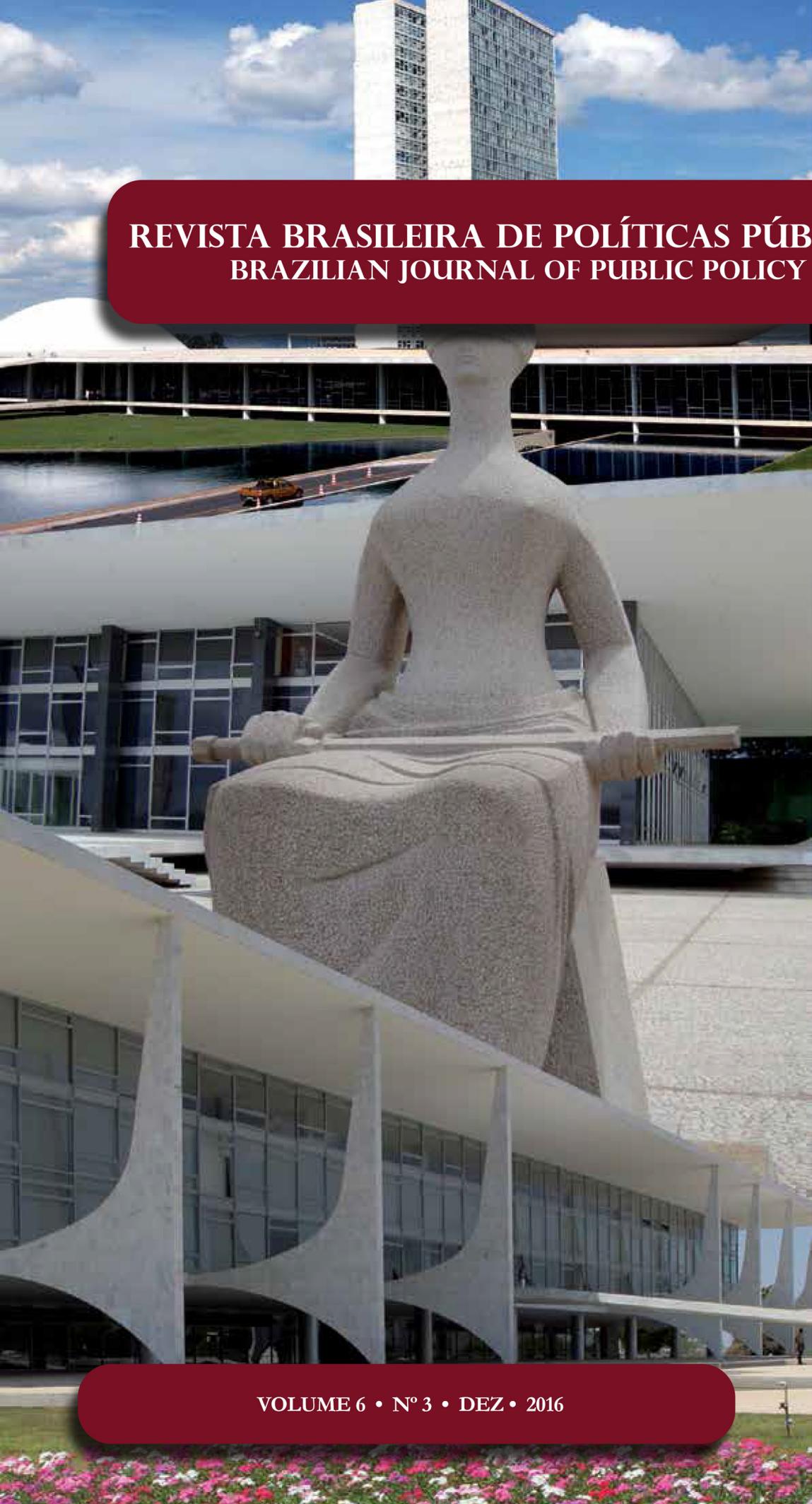
BACOVIS, Maria Cristina M. de Figueiredo. A maturidade das fontes como elemento de consolidação do direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 233-278, jun. 2012.

BAPTISTA, Carlos Alberto. A constituição como sistema de princípios e normas. *Revista Jurídica Mater Dei*, Pato Branco, v. 2, n. 2, jan./jul. 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucio-*

- nalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.
- CARVALHO, José Maurício. *Miguel Reale: ética e filosofia do direito*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Londres: Fontana Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. 17., 2011, Montevideo. p. 383-396. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.
- ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel Von. De Eric Drexler a Erik Jayme: as respostas que o direito (ainda não) tem para a questão das nanotecnologias. In: ROVER, Aires Josér; SIMÃO FILHO, Adalberto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Org.). *Direito e Novas Tecnologias*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 362-391.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HUPFFER, Haide Maria et al. A flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes. *Revista de Direito Ambiental*, v. 69, p. 315–342, jan./mar. 2013.
- JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, II, Kluwer. Haia, 1995.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan. 1999.
- LUZ, Cícero Krupp da. Governança, déficit democrático e processo legislativo europeu. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 16, 2013.
- MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista Da ESMESE*, Aracajú, n. 7, 2004.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 34, p. 97, abr. 2004.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-242, jan./jun. 2013.
- NARASIMHAN, T. N. Water, Law, Science. *Journal of Hydrology*. Science Direct. Department of Materials Science and Engineering, and Department of Environmental Science, Policy and Management, University of California at Berkeley, p. 125-138, Oct. 2007.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA -UNESCO. *Gestão mais sustentável da água é urgente*. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/single-view/news/urgent\\_need\\_to\\_manage\\_water\\_more\\_sustainably\\_says\\_un\\_report/#.Vh6lUdLwvct](http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/single-view/news/urgent_need_to_manage_water_more_sustainably_says_un_report/#.Vh6lUdLwvct)>. Acesso em: 14 set. 2016.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *El desdoblamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011.
- PESSANHA, Charles. O poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANA, Luiz Werneck. *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Linha do Horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 70.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado democrático de direito. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, jul./dez. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz?* 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 19 set. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Solar panels in Brazil:** a feasible public policy

**Painéis solares no Brasil:** uma política pública viável

Henrique Pissaia de Souza

**Painéis solares no Brasil: uma política pública viável**

Henrique Pissaia de Souza\*\*

**ABSTRACT**

Brazil has a huge area with constant and long solar exposition. The country is already facing some energy bottlenecks and need to expand its energy matrix. In this context the implementation of photovoltaic solar panels, in houses' rooftops, is a viable initiative that should be encouraged by government. This paper proposes a public policy intervention to incentive the use of photovoltaic solar panels. It provides an analysis of Brazilian background, further consumption and planning, the policy intervention, the needed tools, political feasibility and implementation. The logic model will be used showing the main inputs, activities and results. The data was collected from official sources. The main limitation is the missing mathematical approach in the cost-benefit analysis that can be extended in the future. The paper presents a new approach to the energetic problem in Brazil and shows that the proposal is feasible with some goodwill from authorities.

**Keywords:** Photovoltaic solar panels. Energy. Public policy.

**RESUMO**

Brasil tem uma área enorme com longa e constante exposição solar. O país já enfrenta alguns problemas de falta de energia e precisa ampliar sua matriz energética, para o consumo futuro. Neste contexto, a implementação de painéis solares fotovoltaicos, em telhados de casas, é uma iniciativa viável que deve ser incentivada pela autoridades. Este trabalho propõe uma intervenção de políticas públicas de incentivo a utilização de painéis solares fotovoltaicos. O artigo fornece uma análise do atual contexto brasileiro, e o consumo futuro e planejamento da matriz energética futura; a intervenção pública; as ferramentas necessárias; a viabilidade política e a implementação. A principal limitação é a abordagem matemática ausente na análise custo-benefício que pode ser estendida no futuro. O livro apresenta uma nova abordagem para o problema energético no Brasil e mostra que a proposta é viável com alguma boa vontade das autoridades.

**Palavras-chaves:** Painéis solares fotovoltaicos. Energia. Políticas públicas.

\* Recebido em 18/10/2016  
Aprovado em 09/12/2016

\*\* Doutorando em Economia Internacional na University of International Business and Economics – UIBE, Pequim, China. Mestre em Direito pela Universidade da Califórnia, Berkeley. Possui especialização em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, especialização em Direito Empresarial, em Direito Energético e Regulação pela Universidade da Califórnia, Berkeley. Graduado em Direito. Possui certificação do Programa de Desenvolvimento Econômico, da Universidade de Harvard.

## 1. INTRODUCTION

This paper will presents a public policy proposing the use of solar panels, photovoltaic (PV), in house`s rooftops to supply house energy usage`s in Brazil. The proposal will take into account the expected demand, the use of this technology in other countries and the Brazilian potential.

The logic model will be used showing the main inputs, activities and results. The public policy tool used will be incentive-based subsidies. A cost-benefit analysis will be presented to emphasize the benefits of this policy. And political feasibility analyses will be presented showing that are almost no actors playing against the policy. The data used was collected over official fonts and research institutes, some further mathematical analyzes will be needed to show the real costs associated.

This proposal takes into consideration that Brazil will have an increase in energy`s demand of 3,5% a year until 2030, in average. That the main alternatives are not eco-friendly, which is important in a scenario of climate changes due to emission of polluting gases. Will consider that the solar energy represents only 0,2% of Brazilian`s energetic matrix, and in Germany only in PV panels represents up to 6% of its energetic matrix. The costs of implementation will be only governmental ones. It is likely that no political opposition will be present. The main difficulty to achieve the goals will be to convince people to buy the PV panels. And the main results will be a decrease in polluting gases emission and in an overall increase in air quality and human quality of life.

In Chapter 2 will be presented Brazilian`s background, and the environmental aspects involved. In Chapter 3 will be present the public policy to be used, the tools required, a cost-benefit analysis and political feasibility. In Chapter 4 will be presented the implementation proposal. In Chapter 5 the conclusions will be exposed.

## 2. ANALYSIS

### 2.1. Background

According to the Ministry of Energy, the energy consumption increase in Brazil is expected to be between 2,2% and 4,2% a year, (in this paper 3,5%), in scenarios with low economic increase and high economic increase respectively<sup>1</sup>. To face the expected demand the government is building some hydropower power plants, coal plants, some experimental solar and wind plants, and studying the construction of a nuclear power plant, but no house photovoltaic (PV) policy is being developed<sup>2</sup>.

According to the same Ministry and the Energy Research Agency (EPE)<sup>3</sup>, linked to the Ministry, the solar energy production contributes to only 0,2% of Brazilian`s energetic matrix<sup>4</sup> and in the last nation plan National Energetic Matrix 2030<sup>5</sup>, from November 2007, no strategic plan for PV development was presented. According to the International Energy Agency (IEA) the leading countries in PV usage are respectively

1 Increase scenarios between the years of 2010-2030. BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Matriz energética nacional 2030*. 2016. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/1138787/1732860/Matriz+Energ%C3%A9tica+Nacional+2030/39d39feb-1307-4f4f-9658-039b86b94bbd;jsessionid=663523DDBACC54787760CDC404F8C998.srv155>>. Acesso em: 28 jun. 2015

2 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Matriz energética nacional 2030*. 2016. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/1138787/1732860/Matriz+Energ%C3%A9tica+Nacional+2030/39d39feb-1307-4f4f-9658-039b86b94bbd;jsessionid=663523DDBACC54787760CDC404F8C998.srv155>>. Acesso em: 28 jun. 2015

3 Empresa de Pesquisa Energetica.

4 C.f.: <<http://www.mme.gov.br>>. Access in: 28 jun. 2015..

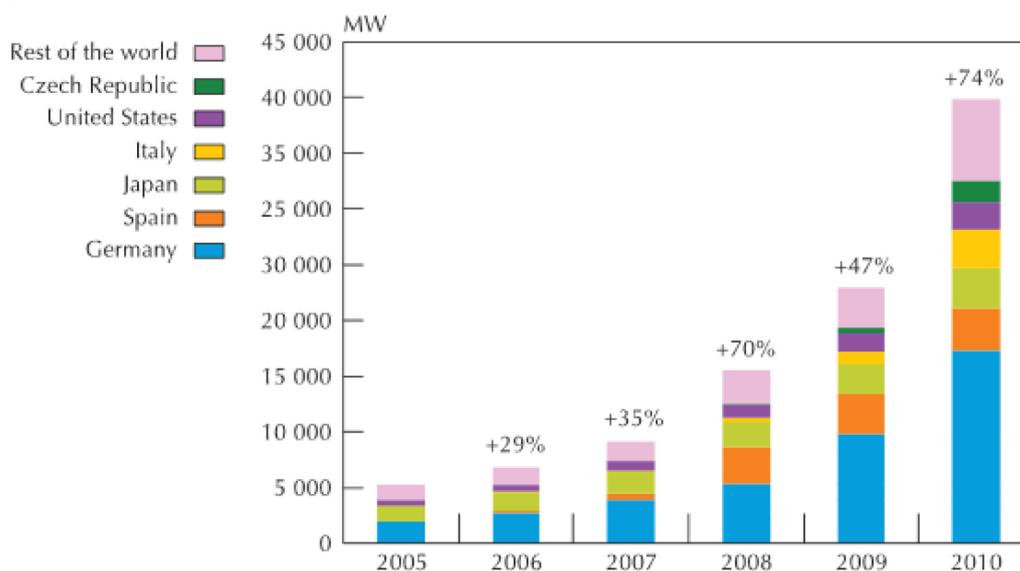
5 Matriz Energetica Nacional 2013

Germany, Spain, Italy, United States and Czech Republic (image 1). In Germany “PV and total [renewable energy] RE in Germany’s gross electricity consumption stood at ca. 6.1 percent and 27 percent respectively<sup>6</sup>. In United States the PV represents 1% of the matrix<sup>7</sup>. Moreover, “between 2000 and 2013, solar electricity generation worldwide increased by a factor of nearly 68%”<sup>8</sup>.

**Image 1 – Solar Energy Perspectives<sup>9</sup>**

**SOLAR ENERGY PERSPECTIVES: SOLAR ELECTRICITY**

**Figure 3.1 Global cumulative PV capacities by 2010**



Sources: IEA PVPS, BP Statistical Report, BNEF.

**2.2. Environmental aspects**

Specialists discuss the impact of the emission of carbon dioxide (CO<sub>2</sub>) in the atmosphere as the main global warming factor. Most of the studies show that it contributes to the climate change and we urge to minimize its emission.

Anthropogenic greenhouse gas emissions have increased since the pre-industrial era, driven largely by economic and population growth, and are now higher than ever. This has led to atmospheric concentrations of carbon dioxide, methane and nitrous oxide that are unprecedented in at least the last 800,000 years. Their effects, together with those of other anthropogenic drivers, have been detected throughout the climate system and are extremely likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century<sup>10</sup>

The main factors that contribute to the emission of these gases are fossil combustion’s burning. “CO<sub>2</sub> emissions from fossil fuel combustion and industrial processes contributed about 78% to the total GHG

6 C.f.:<<http://www.ise.fraunhofer.de/en/publications/veroeffentlichungen-pdf-dateien-en/studien-und-konzeptpapiere/recent-facts-about-photovoltaics-in-germany.pdf>>. Access in June 28th, 2015. p.5.

7 C.f.:<<http://www.nrel.gov/docs/fy15osti/62580.pdf>>. Access in: 28 jun. 2015. p. 23.

8 C.f.:<<http://www.nrel.gov/docs/fy15osti/62580.pdf>>. Access in: 28 jun. 2015. p.4.

9 SOLAR energy perspectives. Available in:< [http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/solar\\_energy\\_perspectives2011.pdf](http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/solar_energy_perspectives2011.pdf)>. Access in: 28 jun. 2015.

10 CLIMATE CHANGE. 2014. Available in: <[https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR\\_AR5\\_FINAL\\_full.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full.pdf)>. Access in: 28 jun. 2015. p.46.

emission increase between 1970 and 2010, with a contribution of similar percentage over the 2000–2010 period.”<sup>11</sup> The coal, natural gas and oil combustion plants contribute to the global warming and bad quality of life, because of the gases thrown in the atmosphere. The hydropower plants, considered clean energy, also have a big environmental impact, because to create the dam, that provide sufficient water to generate the power, several animal and vegetal species are sacrificed in this inundation process.

After the Tsunami that affected Japan and made damages to the Fukushima’s Nuclear Power Plant, the world started to question this former clean and safe energy font. Several countries turned off their plants and stopped projects that were under development<sup>12</sup>.

### 3. POLICY PROPOSED

Taking into consideration that Brazil will need to support a supply demand of energy of around 3,5% a year, in the next 15 years, and that we are facing an environmental problem related to the emissions of CO<sub>2</sub> in the atmosphere, here is proposed the implementation of a program to incentive the production of energy through photovoltaic panels (PV) located in house’s rooftops.

Nowadays energy is an essential good to people’s lives, and its production is costly in short scale. In their houses people need energy to cook, take showers and use their basic electrical equipment, it can be understood as a public good (non-rival and non-excludable)<sup>13</sup>. The air, its quality and the whole environment are public goods, whit a predisposition to tragedy of the commons problem. If the government doesn’t step in, the quality of the air will be (more) unhealthy, whit enhancement in climate changes, bringing unknown prejudices to the human kind.

#### 3.1. Intervention policy tool

The Government should start a subsidize program. This program would advance in three fronts. The first front will be composed by incentive the entrance of imported PV panels from abroad reducing import’s taxes and intrastate and interstate commerce’s taxes to reduce prices to the final consumer. The second front will be to provide incentives to the consumers to buy the PV panels, since the investment cost is high, the government should create credit lines to make allow people to pay in more and lower installments the panels bought. The third front would be a long term incentive to local and international PV panels` factories to establish their productions in Brazil, minimizing the prices to final consumer too through a more competitive market.

This tool will be effective if it reaches a number of people enough to minimize the CO<sub>2</sub> emission. And will be efficient since is guaranteed competitive prices with the electric and gas energy provided by companies and people stop or diminish using completely the polluting fonts, and if the government can take off all the subsidies in a considerable lapse of time. If the government executes the steps in time the policy will be effective and efficient.

11 CLIMATE CHANGE. 2014. Available in: <[https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR\\_AR5\\_FINAL\\_full.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full.pdf)>. Access in: 28 jun. 2015. p. 46.

12 C.f.:<<http://www.usnews.com/news/business/articles/2015/06/28/germanys-oldest-remaining-nuclear-plant-shuts-down>>. Access in: 28 jun. 2015. C.f.:<<http://www.world-nuclear.org/info/Country-Profiles/Countries-G-N/Germany/>>. Access in: 28 jun. 2015. C.f.:< <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/21/fukushima-turn-off-nuclear-power>>. Access in: 28 jun. 2015.

13 Even though there are some discussions about its nature.

### 3.2. Cost-benefit analysis

The first cost to be taken into account is the cost for the final consumers some research shows that:

Solar domestic hot water systems cost in Europe from EUR 85/MWh to 190/MWh of heat, which is competitive with retail electricity prices in some countries, if not yet with natural gas prices. These costs are expected to decline by 2030 to EUR 50/MWh to 80/MWh for solar hot water systems. In China, Cyprus and Turkey, low-cost solar water heaters are already an economic alternative for households. In Israel, they are ubiquitous and save 6% of total electricity demand. In South Africa, electric water heating accounts for one-third of the power consumption of the average household. The government has identified the massive deployment of solar water heaters as one effective option to avoid electricity shortages, and launched a programme to install one million solar water heaters by 2014.<sup>14</sup>

The research shows that the solar energy is already competitive with energy supplies and will be more competitive than gas in some countries. Some studies show that the prices will keep decreasing. If taken into consideration that the sun incidence in Brazil is almost 4 times bigger than in Europe, it can be inferred that the savings will be bigger and the payback time will be faster.

Image 2 – Electric costs and feed-in tariffs in Germany<sup>15</sup>

## Electricity Costs and Feed-In Tariffs in Germany

Zu aktualisieren

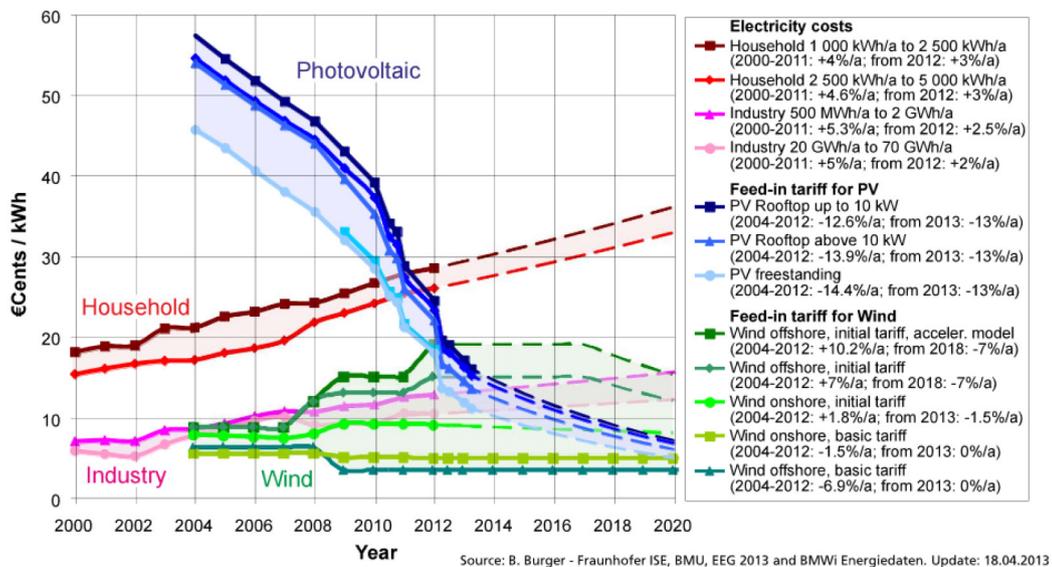


Image 3 – Brazilian daily solar radiation<sup>16</sup>

14 C.f.:<[http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/solar\\_energy\\_perspectives2011.pdf](http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/solar_energy_perspectives2011.pdf)>. Access in: 28 jun. 2015. p. 70-71.

15 PHOTOVOLTAICS REPORT. Fraunhofer institute for solar energy systems ISE. Freiburg, 2014. p.37.

16 ATLAS de irradiação solar no Brasil. Ano. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/energia\\_solar/3\\_3.htm](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/energia_solar/3_3.htm)>. Acesso em: 20 set. 2016.

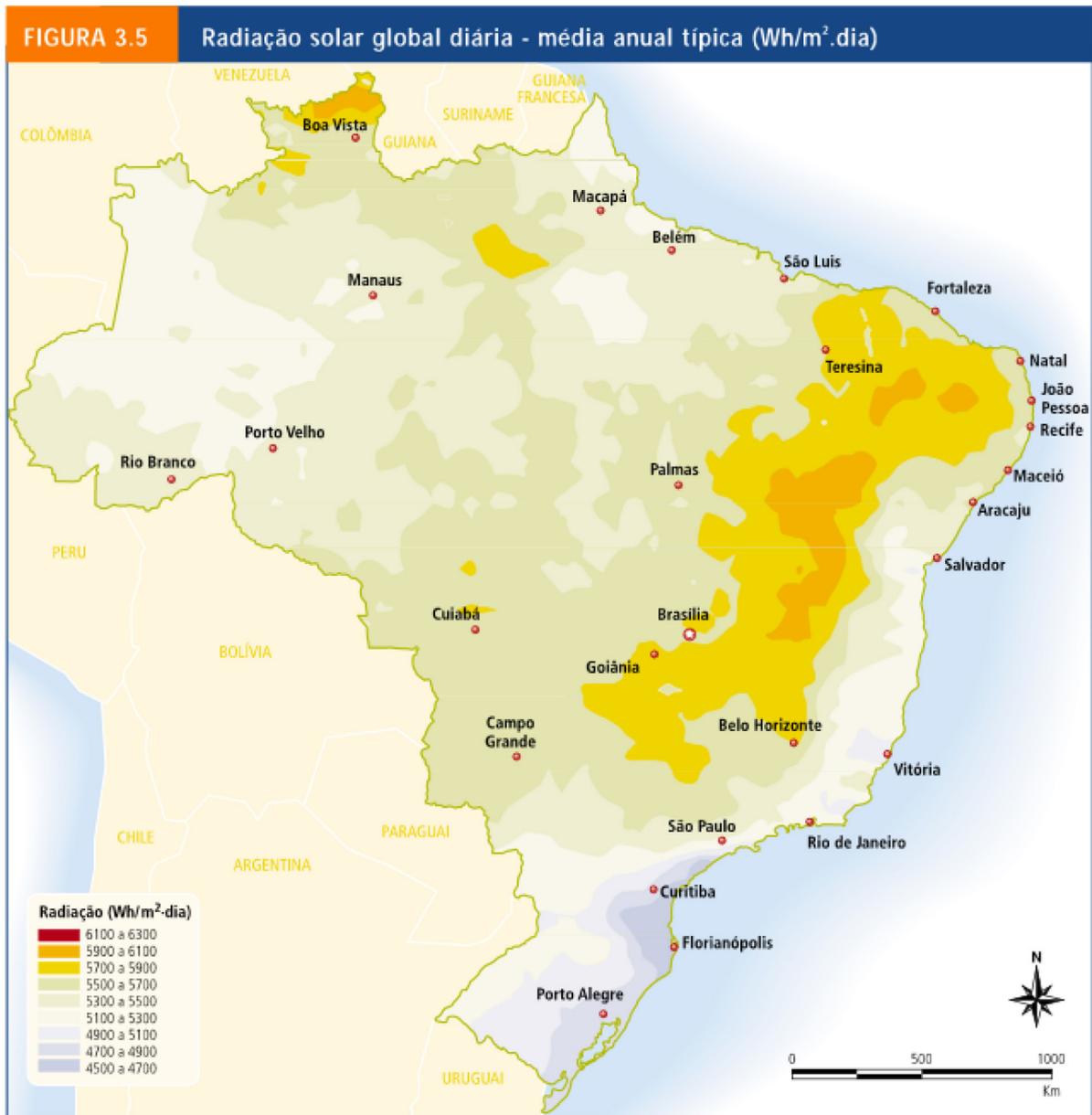
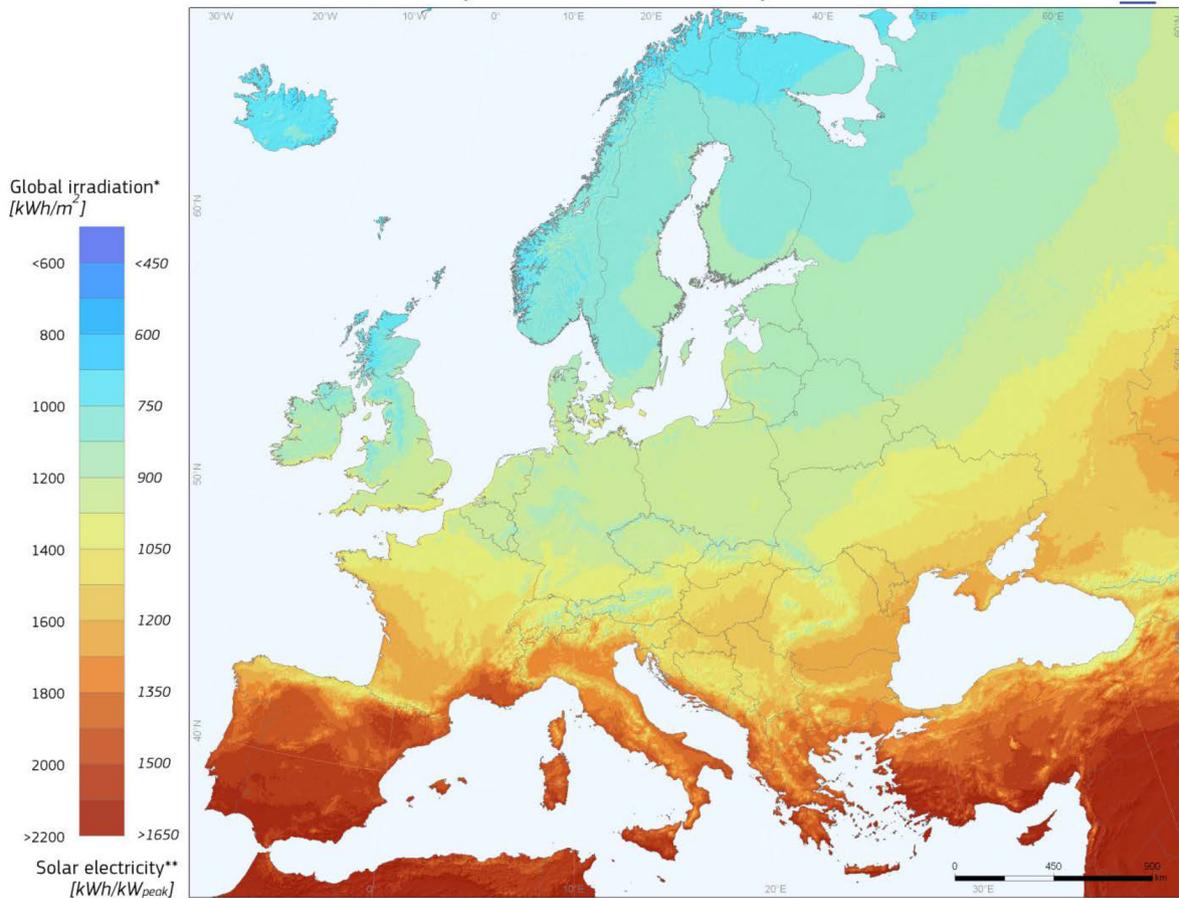


Image 4 – PV electricity potential in european countries<sup>17</sup>

17 JOINT RESEARCH CENTRE. Institute for Energy and Transport. *Photovoltaic Geographical Information System*. Available in: <[http://re.jrc.ec.europa.eu/pvgis/cmmaps/eur\\_old.htm](http://re.jrc.ec.europa.eu/pvgis/cmmaps/eur_old.htm)>. Access in: 25 sep. 2016.

# Photovoltaic Solar Electricity Potential in European Countries



\* Yearly sum of global irradiation incident on optimally-inclined south-oriented photovoltaic modules  
 \*\* Yearly sum of solar electricity generated by optimally-inclined 1kW<sub>p</sub> system with a performance ratio of 0.75

© European Union, 2012  
 PVGIS <http://re.jrc.ec.europa.eu/pvgis/>

Authors: Thomas Huld, Irene Pinedo-Pascua  
 EC - Joint Research Centre  
 In collaboration with: CM SAF, [www.cmsafeu](http://www.cmsafeu)

Legal notice: Neither the European Commission nor any person acting on behalf of the Commission is responsible for the use which might be made of this publication.

In this way the costs of the policy will be the money spent by the government in subsidies; the advertisement and training (agents, businessmen and tax collectors). All these costs can be monetized by simple metrics with projections and benchmarks of previous programs.

The benefits will be the diminishment of carbon emission; less direct investment in building new power plants; less dependence in the grid; less economic damages related to blackouts and natural disasters; better quality of air and less respiratory diseases. The carbon emission can be monetized by the carbon credits value. The investment in building new power plants can be a metric of the new need, 3.5% a-year, and the cost in the long term of the construction diminished by the energy saved. The dependence and the losses due to blackouts and disasters can be measured in hours of productivity lost due to blackouts. And the quality of air and respiratory diseases can be measured by the number of people that goes to hospitals due to respiratory problems, especially in times that the air quality of air is poor, times the cost of treatment and days out of work.

### 3.3. Political feasibility

The politics behind the policy proposed is an “interest group politics”. That is why we need to subsidize the acquisition of the panels, to minimize the costs for the final consumers. A rational actor only will buy the PV panel when:  $U_p = a + B^*(k-1) - c > U_{np} = B^*(k-1) - p$ . Here the cost of participating is really big,

because the consumer will have to buy the PV panel, with a big cost. The personal benefit is low, because he will keep having energy. The punishment will only happen if several blackouts or energy savings start to occur, but it is not likely to happen soon, and the air quality. The benefit of a better quality of air and life is really big, however everybody has to participate otherwise no improvement will happen.

In this way, the government should act to minimize the costs and to advertise showing that everybody has to act to improve the air quality for this and future generations.

This policy will have some pro-groups that include environmentalists, politics and NGOs. It will have not many groups contrary, if any. The energy supply is a monopoly. Each State gives a concession to a single company (usually a state owned company), that provide energy to the whole state. Since the investment in new power plants is really big and the environmental issues involved usually postpone the construction in several years it seems that they will not oppose to the construction, moreover the demand will increase 3.5% a-year, in average.

The real problem to make it feasible is convince the final consumer to join and buy the PV panel.

Frame 1 – Policy Outlook Policy Outlook

Policy	Expected Outcome	Costs	Benefits	Positive Externalities
Market subsidies	Diminish prices to consumers	Money	Lower prices	Create a new demand incentivizing the economy
Consumers subsidies	More PV's sold	Money, governmental banks will have to devote people and lose profits	Less dependence in the grid, less economic losses due to blackouts	Better quality of air and life
Factory subsidies	Long term price diminishment	Money, time to bids and road shows	Lower prices	New jobs, market competition

Frame 2 – Distributive Politics Spreadsheet

Pro Groups	Substitutes	Group Mag	Mag Per Capita	Size	Coverage	Political Resources	Cost of Organization	Expected Impact
Politics	Votes/Power	Big	Big	Big	Big	Money/Lobby	Low	Big
NGO	Public Opinion	Small	Big	Big	Medium	Money/Lobby	Low	Low
Environmentalists	Public Opinion	Small	Big	Small	Small	Influence	Low	Low

Con Groups	Substitutes	Group Mag	Mag Per Capita	Size	Coverage	Political Resources	Cost of Organization	Expected Impact
Energy Concessionaries	Power	Small	Small	Small	Big	Money/Lobby	Low	Low

## 4. IMPLEMENTATION:

### Inputs

The main inputs will be: i) governmental money; iii) time agencies` staff and governmental planners; and iii) governmental banks.

The government will need to spend money to provide the subsidies and will loose the collectable money from taxes and to advertise. Time from the staff to be trained and to think on strategies to best reach the goals. The governmental banks are already established and will help to provide the loans.

### Activities

The main actions will be: i) create the credit lines; ii) hire advertisement companies and publish the advertisement in all media explaining the advantages of the PV panels; iii) provide training to agencies` staff to answer questions; iv) provide training to agencies` staff related to the tax collection to help in the implementation; v) rounds of training to retail sellers to explain the importance of selling PV panels; vi) national and international rounds of business to attract investors to build the new plants.

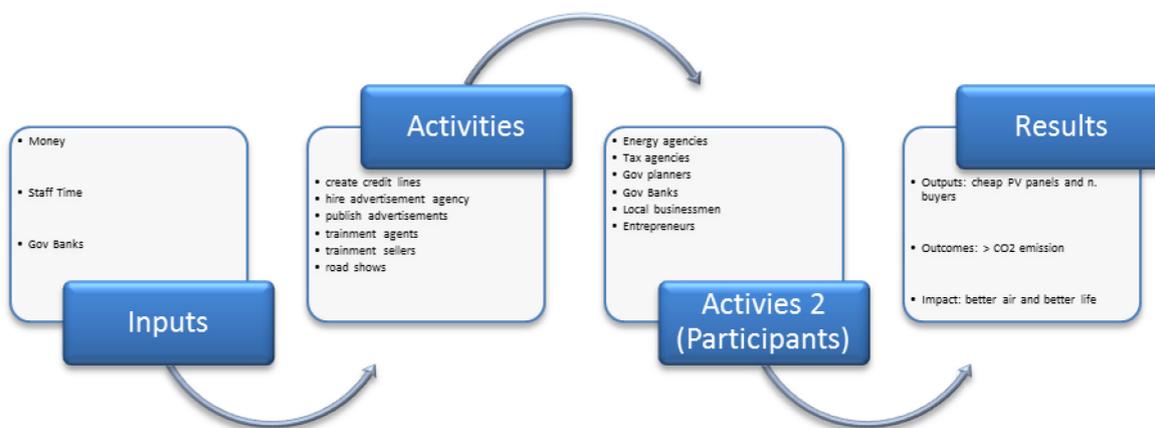
The main participants will be: i) energy agencies; ii) tax agencies; iii) governmental planners; iv) governmental banks; v) local businessmen; vi) entrepreneurs.

### Results

Outputs: affordable PV panel and number of people that buy PV panels.

Outcomes: decrease in CO2 emission

Impact: increase in air quality and human quality of life.



## 5. FINAL CONCLUSIONS

The national need of energy will grow in the next 15 years and we can clearly see a gap between the need and the actual and projected generation. The gap can be filled with an eco-friendly solution. The costs, time and environmental problems of the traditional matrices is huge. The costs for consumers of having a solar panel in their rooftops are diminishing every year around the world and we have good experiences, especially in Germany, that can be incorporated to Brazil. The Brazilian weather is more than appropriate for the initiative. The timing is perfect, and the policy should face no political opposition, unlikely what happen in other countries as United States.

We showed that adopting the public policy is feasible, the next steps should be convince the local authorities to launch the national project and follow the proposed implementation steps described. The actions taken now can make a difference to this and future generations.

## REFERENCES

ATLAS de irradiação solar no Brasil. Ano. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/energia\\_solar/3\\_3.htm](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/energia_solar/3_3.htm)>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Empresa de Pesquisa Energetica*. 2016. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Matriz energética nacional 2030*. 2016. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/1138787/1732860/Matriz+Energ%C3%A9tica+Nacional+2030/39d39feb-1307-4f4f-9658-039b86b94bbd;jsessionid=663523DDBACC54787760CDC404F8C998.srv155>>. Acesso em: 28 jun. 2015

CLIMATE CHANGE. 2014. Available in: <[https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR\\_AR5\\_FINAL\\_full.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full.pdf)>. Access in: 28 jun. 2015.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Solar Energies Perspectives. France. 2011. Available in: <[http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/solar\\_energy\\_perspectives2011.pdf](http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/solar_energy_perspectives2011.pdf)>. Access in: 28 jun. 2015.

JOINT RESEARCH CENTRE. Institute for Energy and Transport. *Photovoltaic Geographical Information System*. Available in: <[http://re.jrc.ec.europa.eu/pvgis/cmmaps/eur\\_old.htm](http://re.jrc.ec.europa.eu/pvgis/cmmaps/eur_old.htm)>. Access in: 25 sep. 2016.

PHOTOVOLTAICS REPORT. *Fraunhofer institute for solar energy systems ISE*. Freiburg. 2014.

THE GUARDIAN. Available in: <<http://www.theguardian.com/world/2013/oct/21/fukushima-turn-off-nuclear-power>>. Access in: 28 jun. 2015.

U.S Department of Energy. Energy Efficiency & Renewable Energy. USA. 2014. Available in: <<http://www.nrel.gov/docs/fy15osti/62580.pdf>>. Access in: 28 jun. 2015.

US NEWS. Germany's oldest nuclear power plant goes off-line, part of move to shut reactors by 2022. Available in: <<http://www.usnews.com/news/business/articles/2015/06/28/germanys-oldest-remaining-nuclear-plant-shuts-down>>. Access in: 28 jun. 2015.

WIRTH, Harry. Recent Facts about Photovoltaics in Germany. Germany. 2015 Available in: <<http://www.ise.fraunhofer.de/en/publications/veroeffentlichungen-pdf-dateien-en/studien-und-konzeptpapiere/recent-facts-about-photovoltaics-in-germany.pdf>>. Access in: 28 jun. 2015.

WORLD NUCLEAR ASSOCIATION, Nuclear Power in Germany, 2016. Available in: <<http://www.world-nuclear.org/info/Country-Profiles/Countries-G-N/Germany/>>. Access in: 28 jun. 2015.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Unidades de conservação,  
terras indígenas e quilombolas  
no estado do Amapá:** como  
desenvolver um Estado cujo  
território está 70% protegido por  
leis?

**Conservation units, indigenous  
lands and quilombolas of  
Amapá State:** how to develop  
a state whose territory is 70%  
protected by laws?

Linará Oeiras Assunção

# Unidades de conservação, terras indígenas e quilombolas no estado do Amapá: como desenvolver um Estado cujo território está 70% protegido por leis?\*

## Conservation units, indigenous lands and quilombolas of Amapá State: how to develop a state whose territory is 70% protected by laws?

Linara Oeiras Assunção\*\*

### RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de debater alguns dilemas de desenvolvimento enfrentados pelo Estado do Amapá diante da publicação de 22 (vinte e dois) instrumentos normativos, ao longo dos anos 80, 90 e início dos anos 2000, os quais criaram e/ou reconheceram áreas protegidas (unidades de conservação, terras indígenas e quilombolas) e alteraram substancialmente o território amapaense, impondo uma série de restrições ao próprio Estado, às empresas e aos indivíduos. Para tanto segue uma abordagem qualitativa e um enfoque interpretativo/compreensivo, ambos pautados em levantamento bibliográfico e em pesquisa documental. Os argumentos estão sedimentados na visão de ordenamento territorial como política pública e em teoria da legislação para a (re)leitura dos marcos legais das áreas protegidas, a partir de uma necessária relação entre leis e desenvolvimento. Dentre outros pontos, concluiu que a opção em criar áreas protegidas no Estado do Amapá sem o devido planejamento e ordenamento territorial onerou, consideravelmente, o Estado, as empresas e os indivíduos e que são vários os problemas de sobreposição legal, de sobreposição territorial, de auscultação dos complexos interesses envolvidos, dificultando a implementação de políticas públicas de desenvolvimento eficazes.

**Palavras-Chave:** Áreas Protegidas. Marcos Legais. Ordenamento Territorial. Desenvolvimento.

### ABSTRACT

This paper aims to discuss some development dilemmas faced by the Amapá State considering the publication of 22 (twenty two) legal instruments, over the years, which have created and / or recognized protected areas (protected areas, indigenous lands and maroon) and substantially altered the Amapá territory, imposing a series of restrictions on own state, businesses and individuals. To do this, follows a qualitative approach and an interpretive/comprehensive approach, guided by both literature and do-

\* Recebido em 24/08/2016  
Aprovado em 14/10/2016

\*\* Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá. Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: loeiras@hotmail.com.

cumentary research. The arguments are based in land-use vision as a public policy and theory of law for the (re) reading of the legal framework of protected areas, from a necessary relationship between law and development. The study concluded that the option to create protected areas in the state of Amapá without proper planning and land use planning considerably burdened the state, businesses and individuals and that there are several problems of a legal overlapping of territorial overlap, auscultation of complex interests involved, hampering the effective implementation of public development policies.

**Keywords:** Protected areas. Laws. Land use planning. Development.

## 1. INTRODUÇÃO

Localizado na Região Norte do país, o Amapá é formado por 16 (dezesesseis) municípios, sendo sua capital Macapá. Possui, atualmente, 19 (dezenove) unidades de conservação em seu território, sendo 12 (doze) federais, 5 (cinco) estaduais e 2 (duas) municipais. Destas, 8 (oito) são do tipo unidade de proteção integral e 11 (onze) de uso sustentável, totalizando uma área de 8.798.040,31 hectares. Ou seja, cerca de 72% de seu território corresponde a áreas especialmente protegidas<sup>1</sup>.

A criação e a manutenção de áreas protegidas são as estratégias ditas mais eficazes para a conservação e preservação dos recursos naturais na Amazônia. Originalmente, somente as unidades de conservação eram consideradas áreas protegidas. Mas, desde 2006, o Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) incluiu, nesse conceito, as terras indígenas e os territórios quilombolas (Decreto n. 5.758/2006), pois ambos também abrangem áreas naturais definidas geograficamente, regulamentadas, administradas e/ou manejadas com objetivos de conservação e uso sustentável da biodiversidade<sup>2</sup>.

Nessa perspectiva, este trabalho debate acerca da seguinte questão, proposta já no seu título, como desenvolver um Estado cujo território está 70% protegido por leis (unidades de conservação, terras indígenas e quilombolas)?

A ideia não é dar uma resposta exata a esta questão, distante disso, o que se propõe é em cima da indagação discutir alguns importantes dilemas de desenvolvimento enfrentados no Estado do Amapá.

O trabalho segue uma abordagem qualitativa e um enfoque interpretativo/compreensivo, ambos pautados em levantamento bibliográfico e em pesquisa documental. Os argumentos estão sedimentados na visão de ordenamento territorial como política pública e em teoria da legislação para a (re)leitura dos marcos legais das áreas protegidas, a partir de uma necessária relação entre leis e desenvolvimento.

Os argumentos foram articulados em 4 (quatro) momentos: a) o ordenamento territorial e as áreas protegidas do Estado do Amapá; b) notas sobre a transferência da União para o Estado do Amapá das terras públicas federais situadas em seu território; c) marcos legais e desenvolvimento; d) dilemas de desenvolvimento no Amapá.

1 AMAPÁ. Ministério Público do Estado do Amapá. *Atlas das Unidades de Conservação do estado do Amapá*. 2011. Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/download/107-atlas-das-unidades-de-conservacao-do-estado-do-amapa>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

2 ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; CHAVES, M. E. O. As áreas protegidas do Estado do Amapá: estratégia de conservação e preservação ou injustiça ambiental? In: ANAIS DO I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 1, 2015, Londrina-PR, *Anais...* Londrina-PR: Universidade Estadual de Londrina, 2015. p. 1-12.

## 2. O ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E AS ÁREAS PROTEGIDAS DO ESTADO DO AMAPÁ

Na abordagem do tema “ordenamento territorial”, a primeira compreensão que se deve ter, segundo Benatti<sup>3</sup>, é que não importa se o território é fruto de uma divisão política, se possui limites comunitários ou se contém um ecossistema, o território é um espaço socialmente construído, portanto um produto humano, e o indivíduo se reconhece como parte de sua produção.

Dessa forma, o ordenamento territorial implica um envolvimento tanto dos agentes estatais quanto da sociedade local, tendo em vista que nele se realizam ações de curto, médio e longo prazo que devem integrar-se às particularidades das diferentes áreas/zonas a serem ordenadas<sup>4</sup>.

A segunda compreensão que se deve ter é a respeito das denominações utilizadas nas legislações e nas literaturas para tratar da organização do território, ora vai se aplicar “ordenamento territorial”, ora vai se aplicar “zoneamento ecológico-econômico”. Afora a discussão se o primeiro é a política e o segundo é o instrumento, Benatti<sup>5</sup> trata as denominações como sinônimos para facilitar a discussão e aqui se adota a mesma postura.

É interessante notar que, na literatura internacional, a categoria utilizada é ordenamento territorial; no Brasil, desde a década de 1980, a burocracia estatal utiliza a expressão “zoneamento ecológico econômico”, que se consolidou na década seguinte como designação oficial. A Constituição Federal, no seu art. 21, IX, fala em “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”. O Estatuto da Terra (Lei n. 4.540/64), em seu art. 43, determina que “o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária promoverá a realização de estudos para o zoneamento do país em regiões homogêneas do ponto de vista socioeconômico e das características da estrutura agrária [...]”. O Decreto n. 4.297, de 10 de julho de 2002, que regulamenta o art. 9º, II, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelece os critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil (ZEE). A Lei n. 6.938 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação; o ZEE é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. No final da década de 1990, os documentos oficiais começam a fazer uma distinção entre ordenamento territorial e zoneamento ecológico econômico, apresentando este como um instrumento técnico e político para tomada de decisão e aquele como plano mais geral para disciplinar a ocupação e a exploração do solo e dos recursos naturais<sup>6</sup>.

De posse dessas compreensões, é necessário pontuar que um zoneamento eficaz demanda a superação de questões como:

a) o desconhecimento por parte das agências públicas e da sociedade das atribuições do zoneamento. Desconhece-se a importância e as vantagens de se realizar um ordenamento democrático, que garanta a participação de todos os interessados na sua elaboração, implementação e monitoramento; b) a ausência de um conhecimento sistematizado sobre a atuação concreta das agências envolvidas e sobre as formas de descentralização adotadas nas áreas de suas atuações; c) a desarticulação e a incoerência na legislação que afeta direta ou indiretamente o ordenamento territorial, além das dificuldades para aplicar a legislação devido à diversidade de agências públicas com atribuições na matéria; d) o baixo nível de participação das populações envolvidas no processo de ordenamento territorial<sup>7</sup>.

3 BENATTI, José Heder. *Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico econômico*. Disponível em: <[http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose\\_Heder\\_Benatti\\_Ordenamento\\_territorial\\_e\\_protecao.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose_Heder_Benatti_Ordenamento_territorial_e_protecao.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015.

4 BENATTI, José Heder. *Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico econômico*. Disponível em: <[http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose\\_Heder\\_Benatti\\_Ordenamento\\_territorial\\_e\\_protecao.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose_Heder_Benatti_Ordenamento_territorial_e_protecao.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015.

5 BENATTI, José Heder. *Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico econômico*. Disponível em: <[http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose\\_Heder\\_Benatti\\_Ordenamento\\_territorial\\_e\\_protecao.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose_Heder_Benatti_Ordenamento_territorial_e_protecao.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015.

6 BENATTI, José Heder. *Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico econômico*. Disponível em: <[http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose\\_Heder\\_Benatti\\_Ordenamento\\_territorial\\_e\\_protecao.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose_Heder_Benatti_Ordenamento_territorial_e_protecao.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015. p. 1-2.

7 BENATTI, José Heder. *Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico*

Ademais, para que uma ação no ordenamento territorial possa ter êxito, são imprescindíveis, também, outros elementos, sejam eles:

- a) Elementos jurídicos (normativos): Trata-se da base de regulação das ações dos diversos atores que fazem uso dos recursos naturais e do território de uma determinada área e/ou região. A regulação dessas ações e das relações entre esses atores é crucial para fundamentar o zoneamento;
- b) Elementos técnicos (indicativos): São muitas as possibilidades de se construir elementos técnicos que ensejarão uma série de ferramentas e de informações que, por sua vez, servirão de base para a tomada de decisões dos diferentes atores envolvidos no processo de ordenamento;
- c) Elementos sociais (participativos): Trata-se de um elemento fundamental ao ordenamento, pois sem a participação dos distintos atores sociais que “fazem” o ordenamento no dia-a-dia, este nunca poderá concretizar-se;
- d) Elementos políticos (institucionais): Para conseguir um ordenamento territorial, é necessário construir uma decisão política. Mais ainda, deve-se incorporar ao processo de descentralização uma visão estratégica de definição de competências de âmbito nacional, regional e local<sup>8</sup>.

Nesse contexto, Sander e Maiorki<sup>9</sup> acreditam que o zoneamento de um território deve ser a tradução espacial das políticas econômica, social, cultural e ecológica da sociedade. Para seu funcionamento, deve-se levar em consideração a existência de múltiplos poderes de decisão, individuais e institucionais, que influenciam a organização do espaço. Eles vão desde a lógica do mercado e as particularidades dos sistemas administrativos, até a diversidade das condições socioeconômicas e ambientais de uma região.

Berros<sup>10</sup>, sob esse olhar mais global, acredita que:

Luego, hacia las últimas décadas del siglo XX, se comienza a articular la ordenación territorial con la tutela ambiental colocándose entre los principales objetivos de las sociedades contemporáneas de modo que, cuando la problemática ambiental adquiere trascendencia, es que se la incorpora como parte integrante del concepto mismo de ordenamiento territorial. En este sentido, se sostiene que el ordenamiento territorial parte de una visión global, que tiene en cuenta el conjunto de subsistemas que lo integran: el natural, sus ambientes y recursos, el de las ciudades y asentamientos urbanos, el del transporte, el de las redes de comunicación y energía, el de los espacios abiertos, el de apropiaciones, usos del suelo y localización de actividades y el subsistema político-administrativo.

No Brasil, as políticas territoriais ainda se apresentam como um grande desafio sejam como políticas de estado ou mesmo como temas de investigação. No âmbito governamental, apesar de estar prevista na Constituição Brasileira de 1988 (CF/88), apenas em 2003, o Ministério da Integração Nacional, por meio da Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional, foi incumbido pela Lei n. 10.683, de 20 de maio de 2003, de pôr em marcha o Programa de Gestão da Política de Desenvolvimento Regional e Ordenamento Territorial<sup>11</sup>.

Com a Lei n. 10.683/2003, uma comissão de especialistas das universidades brasileiras foi organizada para trabalhar uma proposta de Política Nacional de Ordenamento Territorial (PNOT). O estudo chamou a atenção que a inexistência de uma política de ordenamento territorial no país não significa a inexistência

---

econômico. Disponível em:

<[http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose\\_Heder\\_Benatti\\_Ordenamento\\_territorial\\_e\\_protecao.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose_Heder_Benatti_Ordenamento_territorial_e_protecao.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015. p. 3.

8 BENATTI, José Heder. *Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico econômico*. Disponível em: <[http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose\\_Heder\\_Benatti\\_Ordenamento\\_territorial\\_e\\_protecao.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose_Heder_Benatti_Ordenamento_territorial_e_protecao.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015. p. 3.

9 SANDER, Sabrina Dhieniffer; MAIORKI, Giovane José. *Ordenamento do Território: um tema pouco discutido no Brasil*. Disponível em:

<<http://www.periodicos.unc.br/index.php/drd/article/view/217>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

10 BERROS, María Valeria. Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-15, 2015. Disponível em:

<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3081/pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 3-4.

11 SANDER, Sabrina Dhieniffer; MAIORKI, Giovane José. *Ordenamento do Território: um tema pouco discutido no Brasil*. Disponível em:

<<http://www.periodicos.unc.br/index.php/drd/article/view/217>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

de políticas públicas setoriais que impactam o território. Aliás, são vários os instrumentos de ordenamento territorial com destaque para: Sistema Nacional de Unidades de Conservação; Planos Diretores Municipais (e seus instrumentos de gestão territorial urbana); Plano Nacional de Recursos Hídricos; Programa de Proteção de Terras Indígenas, Gestão Territorial e Etnodesenvolvimento; Programa de Zoneamento Ecológico-Econômico e tantos outros<sup>12</sup>.

Nessa senda, ganha destaque o ordenamento territorial como política pública que deve contemplar os elementos jurídicos, técnicos, sociais e políticos já mencionados anteriormente. Isso porque “[...] No parece posible pensar el territorio desde una perspectiva confinada a lo técnico, en la cual sólo intervengan algunos actores de las ciencias, sino que se requiere del establecimiento de interconexiones entre diferentes perspectivas”<sup>13</sup>.

O Estado do Amapá, objeto de estudo em questão, foi, amplamente, impactado por um instrumento de ordenamento territorial, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). O Amapá foi criado como um Território Federal em 1943, condição em que permaneceu até 1988 quando foi emancipado com a promulgação da Constituição Federal<sup>14</sup>. Apresenta uma área de 142.828,521 km<sup>2</sup>, correspondendo a 1,67% do território brasileiro e a 3,71% da Região Norte<sup>15</sup>.

A partir da década de 80, passou a fazer parte de uma meta conservacionista global, o que deu início a um ciclo de criação de unidades de conservação pela União, quase todas de proteção integral. Frutos desse ciclo, tem-se: o Parque Nacional do Cabo Orange (619.000 ha), seguido da Reserva Biológica do Lago Piratuba (395.000 ha), da Estação Ecológica das ilhas Maracá-Jipiôca (72.000 ha), da Estação Ecológica do Jarí (227.126 ha), da Floresta Nacional do Amapá (412 ha) e da Reserva Extrativista do Rio Cajari (501.771 ha). Em 2002, esse processo culminou com a criação do Parque Nacional das Montanhas do Tumucumaque (3.867.000 ha)<sup>16</sup>.

O Atlas das Unidades de Conservação do Estado do Amapá<sup>17</sup>, desenvolvido por iniciativa do Ministério Público Estadual, retratou bem esse fenômeno, que teve adesão do Governo Estadual e de Governos Municipais que, também, criaram áreas protegidas. Observe-se a Figura 1<sup>18</sup>.

12 SANDER, Sabrina Dhieniffer; MAIORKI, Giovane José. *Ordenamento do Território: um tema pouco discutido no Brasil*. Disponível em:

<<http://www.periodicos.unc.br/index.php/drd/article/view/217>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

13 BERROS, María Valeria. Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-15, 2015. Disponível em:

<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3081/pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 4.

14 LIMA, Ricardo Ângelo Pereira de; PORTO, Jadson Luis Rebelo. Ordenamento territorial amapaense: dinâmicas de um estado brasileiro na fronteira Amazônia. In: X COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA. 2008, Barcelona, *Anais...* Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/100.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

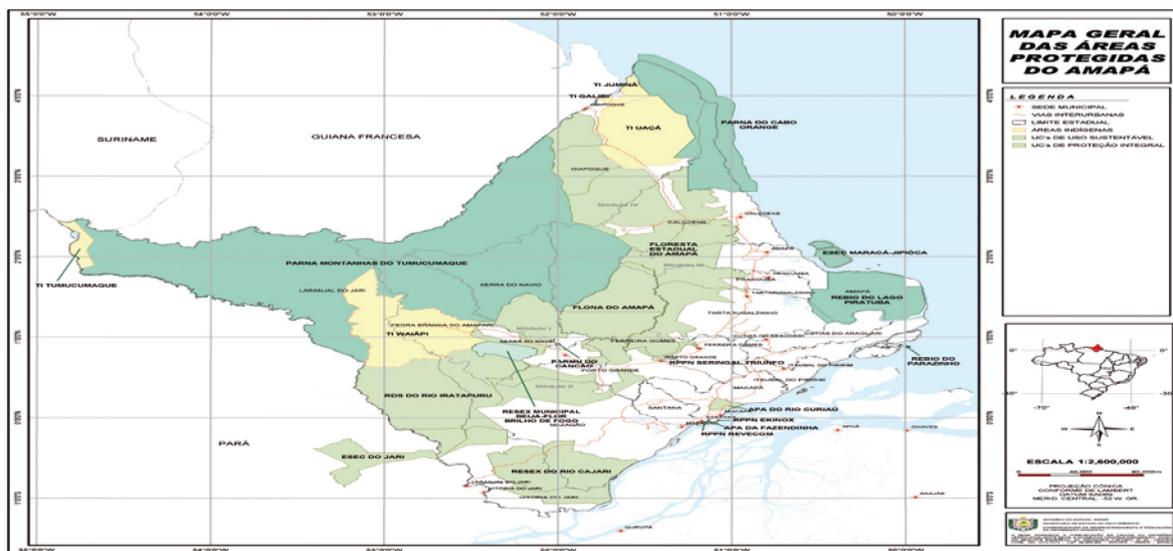
15 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Resolução n. 1, de 15 de janeiro de 2013*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/resolucao\\_01\\_2013.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/resolucao_01_2013.shtm)>. Acesso em: 01 mar. 2015.

16 CHAGAS, Marco Antônio. *Tumucumaque: O “Big Park” e a história do conservacionismo no Amapá*. Rio de Janeiro: T’Ai Editora Digital, 2008.

17 AMAPÁ. Ministério Público do Estado do Amapá. *Atlas das Unidades de Conservação do Estado do Amapá*. 2011. Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/download/107-atlas-das-unidades-de-conservacao-do-estado-do-amapa>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

18 AMAPÁ. Ministério Público do Estado do Amapá. *Atlas das Unidades de Conservação do Estado do Amapá*. 2011. Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/download/107-atlas-das-unidades-de-conservacao-do-estado-do-amapa>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

**Figura 1 - Mapa Geral das Unidades de Conservação no Amapá**



Fonte: <http://www.mpap.mp.br/download/107-atlas-das-unidades-de-conservacao-do-estado-do-amapa>

Para melhor detalhamento, a Tabela 1 faz um breve balanço das unidades, dando enfoque para a jurisdição, a base legal, o grupo e os municípios abrangidos.

**Tabela 1 - Unidades de Conservação do Amapá em ordem cronológica de criação, em 2008**

	Nome	Jurisdição	Base Legal	Grupo	Municípios abrangidos
01	Parque Nacional do Cabo Orange	Federal	Decreto Federal n. 84.913, 15/07/1980	Proteção Integral	Calçoene e Oiapoque
02	Reserva Biológica do Lago Piratuba	Federal	Decreto Federal n. 84.914, 16/07/1980 e Decreto Federal n. 89.932, 10/07/1984	Proteção Integral	Tartarugalzinho e Amapá
03	Estação Ecológica Maracá-Jipiôca	Federal	Decreto Federal n. 86.061, 02/06/1981	Proteção Integral	Amapá
04	Estação Ecológica do Jari	Federal	Decreto Federal n. 87.092, 12/04/1982 e Decreto Federal n. 89.440, 13/03/1984	Proteção Integral	Laranjal do Jari e Almerim (PA)
05	Floresta Nacional do Amapá	Federal	Decreto-Lei Federal n. 97.630, 10/04/1989	Uso sustentável	Amapá, Ferreira Gomes e Pracuúba

06	Reserva Extrativista do Rio Cajari	Federal	Decreto Federal n. 99.145, 12/03/1990 e Decreto s/n, 30/09/1997	Proteção Integral	Laranjal do Jari, Mazagão e Vitória do Jari
07	Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque	Federal	Decreto Federal s/n, 22/08/2002	Proteção Integral	Calçoene, Laranjal do Jari, Oiapoque, Pedra Branca do Amapari, Serra do Navio e Almerim (PA)
08	Reserva Particular do Patrimônio Natural Retiro Paraíso	Federal	Portaria 86-N-IBAMA, 06/08/1997	Uso sustentável	Macapá
09	Reserva Particular do Patrimônio Natural REVECOM	Federal	Portaria 54-N-IBAMA, 29/04/1998	Uso sustentável	Santana
10	Reserva Particular do Patrimônio Natural Seringal Triunfo	Federal	Portaria 89-N-IBAMA, 10/07/1998	Uso sustentável	Ferreira Gomes
11	Reserva Particular do Patrimônio Natural Retiro Boa Esperança	Federal	Portaria 120-N-IBAMA, 24/08/1998	Uso sustentável	Porto Grande
12	Reserva Particular do Patrimônio Natural Aldeia Ekinox	Federal	Portaria 91-N-IBAMA, 21/11/2000	Uso sustentável	Macapá
13	Área de Proteção Ambiental da Fazendinha	Estadual	Decreto Territorial 20/84, 14/12/1984	Uso sustentável	Macapá
14	Reserva Biológica do Parazinho	Estadual	Decreto Territorial 5, 21/01/1985	Proteção Integral	Macapá
15	Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Iratapuru	Estadual	Lei Estadual n. 392, 11/12/1997	Uso sustentável	Laranjal do Jari, Mazagão e Pedra Branca do Amapari
16	Área de Proteção Ambiental do Rio Curiaú	Estadual	Lei Estadual n. 431, 15/09/1998	Uso sustentável	Macapá
17	Floresta Estadual do Amapá	Estadual	Lei Estadual n. 1028, 12/07/2006	Uso sustentável	Serra do Navio, Pedra Branca do Amapari, Mazagão, Porto Grande, Ferreira Gomes, Tartarugalzinho, Pracuúba, Amapá, Calçoene e Oiapoque

18	Parque Natural Municipal do Cancão	Municipal	Decreto Municipal n. 085, 14/11/2007	Proteção Integral	Serra do Navio
19	Reserva Extrativista Beija-Flor Brilho de Fogo	Municipal	Decreto Municipal n. 139, 19/11/2007	Uso sustentável	Pedra Branca do Amapari

Fonte: <http://www.mpap.mp.br/download/107-atlas-das-unidades-de-conservacao-do-estado-do-amapa>

A quase totalidade dos municípios amapaenses, 14 (quatorze) dos 16 (dezesseis) existentes, possui áreas protegidas (unidades de conservação, terras indígenas ou quilombolas) em seus territórios, e os percentuais dessas áreas, parcelas significativas dos seus limites territoriais municipais, muitas vezes provocam uma total alteração do panorama fundiário e, conseqüentemente, econômico e social das regiões<sup>19</sup>.

Como se pode observar, 22 (vinte e duas) normas foram responsáveis pelo comprometimento territorial do Amapá, sendo 10 (dez) Decretos Federais, 5 (cinco) Portarias do IBAMA, 2 (dois) Decretos Territoriais, 3 (três) Leis Estaduais e 2 (dois) Decretos Municipais. Mas, será que essas normas foram amplamente discutidas com os envolvidos?<sup>20</sup>

Pensar nessas 22 (vinte e duas) normas é pensar nos benefícios e gravames que decorreram diretamente delas. Com certeza, as normas produziram benefícios difusos e diretos aos indivíduos, por exemplo, permitindo-lhes o desfrute da natureza, sobretudo em relação à criação dos parques e das áreas de preservação abertas à visitação. Ocorre que esses espaços continham e contém no seu interior e no seu entorno várias comunidades que não foram consultadas eficazmente. Um caso emblemático é o do Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque que atingiu o território de 5 (cinco) municípios amapaenses e cujo o contraditório, por ocasião de sua criação, ocorreu de maneira desarticulada com a população local, com consultas públicas<sup>21</sup> inclusive pela internet quando a realidade dos municípios não permite uma consulta planejada dessa forma já que boa parte dos cidadãos, naquele momento e ainda hoje, não têm acesso à internet<sup>22</sup>.

Vale a pena abrir aqui a questão da importância do envolvimento popular na tutela do ambiente. Para Ferrasesi<sup>23</sup> isso “extrapola a mera feição de componente necessário e vem ostentar a condição de verdadeiro direito dos seres humanos. Direito esse que faz emergir o princípio da participação comunitária, agasalhado pelo Direito Brasileiro”. A autora enfatiza que a governança ambiental deve ser compreendida como um conjugado de normas e procedimentos realizados tanto pelo Estado como por toda a sociedade, realizando políticas ambientais, não estando restrito à atuação estatal. A percepção é mesmo de um processo decisório que surge da soberania popular. Como se pode perceber do presente relato uma perspectiva que não tem sido considerada adequadamente e prioritariamente no Estado do Amapá.

19 PORTO, J. L. R. et al. *Dilemas territoriais amapaenses: a (des)configuração de um estado em construção*. 2008. Disponível em: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiapolitica/13.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

20 ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; CHAVES, M. E. O. As áreas protegidas do Estado do Amapá: estratégia de conservação e preservação ou injustiça ambiental? In: ANAIS DO I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 1, 2015, Londrina-PR, *Anais...* Londrina-PR: Universidade Estadual de Londrina, 2015. p. 1-12.

21 As consultas públicas realizadas para a criação do Parque são objeto de demanda judicial. AMAPÁ. Ministério Público Federal do Amapá. *Parque Tumucumaque*. MPF/AP aciona TRF1 para cassar decisão da Justiça Federal do Amapá. 2013. Disponível em: <<http://www.prap.mpf.mp.br/noticias/noticia.php?cdnoticia=3597>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

22 ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; CHAVES, M. E. O. As áreas protegidas do Estado do Amapá: estratégia de conservação e preservação ou injustiça ambiental? In: ANAIS DO I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 1, 2015, Londrina-PR, *Anais...* Londrina-PR: Universidade Estadual de Londrina, 2015. p. 1-12.

23 FERRASESI, Priscila Ferrasesi. Justiça constitucional e a governança ambiental. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 51-73, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1263/1270>>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 63.

No tocante às terras indígenas, o Estado abriga vários tipos de etnias, distribuídas em 49 (quarenta e nove) aldeias. São elas: Galibi Marworno, Galibi do Oiapoque, Karipuna, Palikur, Tiriyó, Kaxuyana, Wayana, Apalaí e Waiãpi. De acordo com os dados do Relatório “Brasil Indígena”<sup>24</sup> de 2010, o Amapá possui a população de 7.411 índios, sendo 5.956 em terras indígenas e 1.455 fora delas. A ocupação dessa população concentra-se nos municípios de Oiapoque e Laranjal do Jari e, notadamente, no Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque.

Já em relação as comunidades quilombolas, Silva<sup>25</sup> relata que, até 2011, foram identificadas 138 (cento e trinta e oito) comunidades remanescentes de quilombolas no Amapá e, desse universo, 30 (trinta) já têm a certidão de autorreconhecimento emitida pela Fundação Cultural Palmares (FCP). E, destas, 3 (três) comunidades tiveram seus títulos emitidos: Curiaú, Mel da Pedreira e Conceição do Macacoari, todas localizadas no município de Macapá.

Quanto à gestão das áreas protegidas, segundo o Relatório de Auditoria Operacional, intitulado “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá” (UC’s), do Tribunal de Contas do Estado (TCE-AP), realizado em 2013, de modo geral, os governos federal, estadual e municipais mantêm um histórico de falha na implementação das unidades por eles criadas no Estado<sup>26</sup>. A gestão das terras indígenas e quilombolas também é deficiente, tal qual das UC’s, e disso decorrem vários conflitos causados pela pressão de empreendimentos públicos e privados, pela presença de posseiros nas terras e várias outras questões que impõem restrições à exploração tradicional de seus próprios territórios<sup>27</sup>.

A complexidade territorial que envolve o Estado do Amapá reforça, ainda mais, a ideia de que o zoneamento ecológico-econômico (ZEE) não é, apenas, o mapeamento de condições naturais ou socioeconômicas e que sua dimensão está ligada ao tratamento de indicadores que ofereçam às políticas públicas os necessários elementos técnicos para a melhor tomada de decisões<sup>28</sup>.

Não se trata de estabelecer limites territoriais intransponíveis tampouco de estabelecer leis, desconsiderando as possibilidades de cumprimento. O ZEE deve assumir um papel de instrumento de negociações multilaterais, em que os atores envolvidos disponham de informações suficientes sobre as relações de ganhos e perdas para as partes envolvidas<sup>29</sup>.

No Amapá, como a nova definição política passou a ser, a partir de 1995, centrada nos ideários do desenvolvimento sustentável, o ZEE foi retomado de uma condição puramente secundária, para uma situação de investimentos e perspectivas na sua valorização como instrumento ao planejamento regional<sup>30</sup>.

24 FUNAI. *O Brasil indígena*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>>. Acesso em: 08 out. 2016.

25 SILVA, Marcelo Gonçalves da. *Territórios quilombolas no Estado do Amapá: um diagnóstico*. Uberlândia, 2012. Disponível em: <[http://www.lagea.ig.ufu.br/xx1enga/anais\\_enga\\_2012/eixos/1308\\_1.pdf](http://www.lagea.ig.ufu.br/xx1enga/anais_enga_2012/eixos/1308_1.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2015.

26 ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; CHAVES, M. E. O. As áreas protegidas do Estado do Amapá: estratégia de conservação e preservação ou injustiça ambiental? In: ANAIS DO I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 1, 2015, Londrina-PR, *Anais...* Londrina-PR: Universidade Estadual de Londrina, 2015. p. 1-12.

27 ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; CHAVES, M. E. O. As áreas protegidas do Estado do Amapá: estratégia de conservação e preservação ou injustiça ambiental? In: ANAIS DO I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 1, 2015, Londrina-PR, *Anais...* Londrina-PR: Universidade Estadual de Londrina, 2015. p. 1-12.

28 RABELO, B. V. (Coord.). *Equipe Técnica do Programa Zoneamento Ecológico Econômico do Estado do Amapá*. 3. ed. Macapá: IEPA-COT-ZEE, 2008.

29 RABELO, B. V. (Coord.). *Equipe Técnica do Programa Zoneamento Ecológico Econômico do Estado do Amapá*. 3. ed. Macapá: IEPA-COT-ZEE, 2008.

30 RABELO, B. V. (Coord.). *Equipe Técnica do Programa Zoneamento Ecológico Econômico do Estado do Amapá*. 3. ed. Macapá: IEPA-COT-ZEE, 2008.

Os recursos financeiros advindos doPPG7<sup>31</sup> e de contrapartida do governo do Estado, no período de 1996 a 2003 representaram um tempo muito produtivo para a realização de estudos voltados ao ordenamento territorial, pois possibilitaram a realização do ZEE da Área Sul do Estado, elaborado, basicamente, com base na competência de técnicos locais, além de ser o primeiro instrumento de ordenamento de uma parte do Amapá<sup>32</sup>.

As experiências do ZEE do Estado tiveram e têm como parceiros institucionais: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) e Ministério do Meio Ambiente (MMA). Como demonstrativos de resultados diretos têm-se os seguintes estudos: Estado do Amapá: Primeira Aproximação do ZEE; Macro diagnóstico do Estado do Amapá: Primeira Aproximação do ZEE; Atlas Zoneamento Ecológico-Econômico da Área Sul do Estado do Amapá - ed. 2; Detalhamento do ZEE do município de Laranjal do Jari; Detalhamento do ZEE do município de Mazagão; Lei n. 0919/2005, dispõe sobre a política de gestão e ordenamento territorial do Estado do Amapá<sup>33</sup>.

### 3. NOTAS SOBRE A TRANSFERÊNCIA DA UNIÃO PARA O ESTADO DO AMAPÁ DAS TERRAS PÚBLICAS FEDERAIS SITUADAS EM SEU TERRITÓRIO

No tocante ao ordenamento territorial do Amapá, em que pese os problemas de consolidação territorial das UCs dadas as inconsistências no georreferenciamento e insuficiência de recursos financeiros para demarcação, sinalização e fiscalização, problemas esses relatados pelo TCE-AP<sup>34</sup>, outra questão primordial é a recente transferência da União para o Estado das terras públicas federais situadas em seu território, fato ocorrido somente em 2007 pelo Decreto n. 6.291.

Art.1º Ficam transferidas gratuitamente ao Estado do Amapá as terras públicas federais situadas em seu território que estejam arrecadadas e matriculadas em nome da União, localizadas em até cem quilômetros de largura de cada lado do eixo das rodovias federais já construídas, em construção ou projetadas, às quais se refere o Decreto-Lei no 1.164, de 1º de abril de 1971, bem como o Decreto-Lei no 2.375, de 24 de novembro de 1987.

Art.2º As terras transferidas ao domínio do Estado do Amapá com base neste Decreto, observando-se a ressalva contida no inciso IV do § 1º do art. 1º, deverão ser utilizadas em atividades de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, de assentamento, colonização e de regularização fundiária, sob pena de reversão automática ao patrimônio público da União.

Apesar do Decreto, a questão está longe de ser dada como superada. O art. 2º do instrumento legal deixou claro que as terras devem “ser utilizadas em atividades de conservação ambiental e desenvolvimento

31 Programa Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil é uma iniciativa do governo e da sociedade brasileira, em parceria com a comunidade internacional, que tem como finalidade o desenvolvimento de estratégias inovadoras para a proteção e o uso sustentável da Floresta Amazônica e da Mata Atlântica, associadas a melhorias na qualidade de vida das populações locais. É financiado por doações dos países integrantes do ex Grupo dos Sete, da União Europeia e dos Países Baixos, complementadas com contrapartida crescente do governo brasileiro, dos governos estaduais e de organizações da sociedade civil. O Ministério do Meio Ambiente (MMA) é o responsável pela sua coordenação geral. O Programa Piloto foi proposto na reunião do Grupo dos Sete países industrializados (G-7), nos EUA, em 1990. Foi aprovado pelo G-7 e pela Comissão Europeia em dezembro de 1991. Em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a Rio-92, o programa foi oficialmente lançado no Brasil. UNIDADES DE CONSERVAÇÃO. *Programa piloto para a proteção das florestas tropicais (PPG-7)*. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org/programas/programa-piloto-para-a-prote%C3%A7%C3%A3o-das-florestas-tropicais-ppg-7>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

32 RABELO, B. V. (Coord.). *Equipe Técnica do Programa Zoneamento Ecológico Econômico do Estado do Amapá*. 3. ed. Macapá: IEPA-COT-ZEE, 2008.

33 RABELO, B. V. (Coord.). *Equipe Técnica do Programa Zoneamento Ecológico Econômico do Estado do Amapá*. 3. ed. Macapá: IEPA-COT-ZEE, 2008.

34 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

sustentável, de assentamento, colonização e de regularização fundiária, sob pena de reversão automática ao patrimônio público da União”. Portanto, para a formalização completa desse regramento muitos estudos e ações ainda deverão ser feitos e, novamente, o ordenamento territorial do Estado será afetado.

#### 4. MARCOS LEGAIS E DESENVOLVIMENTO

É perceptível que os elementos normativos estão muito presentes no desenho territorial amapaense e que suas consequências acarretaram e acarretam, rotineiramente, pesados ônus ao Estado, às empresas e aos indivíduos. Assim, indaga-se: é possível pensar em desenvolvimento econômico se não houver planejamento legislativo e qualidade das leis produzidas? O desenvolvimento econômico só será sustentável, factível e contínuo se estabelecida uma relação entre a atividade econômica e a atividade legislativa que cria as políticas públicas<sup>35</sup>.

Legislar é uma decisão política, é um processo político, por esse motivo, a lei está sujeita a condicionamentos políticos, sociais e econômicos. A lei não pode ser vista como um objetivo em si mesma, mas faz parte, necessariamente, de um processo de desenvolvimento social<sup>36</sup>.

Atualmente, os países estão cientes do fato de que uma boa legislação é elemento essencial para uma boa governança. Um arcabouço institucional estável e regras legais que respondam adequadamente às necessidades socioeconômicas e às expectativas da população são as melhores garantias para segurança, justiça social, desenvolvimento econômico e bem-estar<sup>37</sup>.

Ora, o planejamento de políticas públicas, a preocupação com a *accountability*, o incremento de modificações organizacionais para boa governança reforçaram o ambiente da atividade de legislação como ação<sup>38</sup>.

No Brasil essas discussões precisam ser aclimatadas ao processo de constitucionalização de 1988, que foi responsável por uma nova percepção do desenvolvimento, partindo de uma ótica distinta daquela que havia marcado a era desenvolvimentista, na década de 70, cuja prioridade absoluta era o crescimento econômico. Com a Constituição Federal de 1988, a tônica do debate incorporou, necessariamente, as dimensões da ética, da equidade e da sustentabilidade, objetivando a construção do bem-estar coletivo<sup>39</sup>.

Sob esse ponto de vista, o desenvolvimento adquiriu uma valoração enriquecida pela principiologia constitucional pautada no desenvolvimento com sustentabilidade, na essencialidade da participação social e na eliminação de desigualdades regionais.

Nesse novo processo de desenvolvimento, cujo fundamento é teórico-normativo, “as abordagens contemporâneas propõem um enfoque alternativo que resgata a relevância do papel regulador, indutor e, sobretudo, coordenador do Estado”<sup>40</sup>.

35 SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas*. Belo Horizonte, 2009. p. 60. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/9/123456789-9.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

36 SOARES, Fabiana de Menezes; ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. (Re)Pensando a qualidade da lei: o desafio brasileiro de legislar para o desenvolvimento. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; TAVARES NETO, José Querino. (Org.). *Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1, p. 1-30.

37 SOARES, Fabiana de Menezes; ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. (Re)Pensando a qualidade da lei: o desafio brasileiro de legislar para o desenvolvimento. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; TAVARES NETO, José Querino. (Org.). *Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1, p. 1-30.

38 SOARES, Fabiana de Menezes; ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. (Re)Pensando a qualidade da lei: o desafio brasileiro de legislar para o desenvolvimento. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; TAVARES NETO, José Querino. (Org.). *Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1, p. 1-30.

39 DINIZ, E. Estado, variedades de capitalismo e desenvolvimento em países emergentes. *Desenvolvimento em debate*, v. 1, n. 1, p. 7-27, jan./abr. 2010. Disponível em: <[http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/dd\\_1\\_1.pdf](http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/dd_1_1.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

40 DINIZ, E. Estado, variedades de capitalismo e desenvolvimento em países emergentes. *Desenvolvimento em debate*, v. 1, n. 1, p. 7-27, jan./abr. 2010. Disponível em: <[http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/dd\\_1\\_1.pdf](http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/dd_1_1.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 18.

Em síntese, legislar para o desenvolvimento demanda uma opção política e uma escolha metodológica. A opção política surge no momento de pensar a lei, ocasião em que se opta por um viés puramente econômico ou abre-se o caminho para uma perspectiva integradora e libertadora, incorporando os conceitos de cooperação, solidariedade, confiança, identidade e etnicidade. A escolha metodológica é consequência da opção política e o caminho da lei se torna mais fechado ou mais aberto para o exercício do contraditório entre os envolvidos. Quanto mais aberto for o caminho, mais próximo se estará de um respaldo público, coletivo, portanto, de um desenvolvimento libertador (visão de Amartya Sen)<sup>41</sup>.

Segundo Prates e Irving<sup>42</sup>, nessa abordagem de marcos legais e desenvolvimento, é relevante que se tenha uma leitura crítica sobre as políticas públicas em implementação no Brasil com relação à conservação da biodiversidade. Esta pesquisa denuncia uma realidade do Estado do Amapá, porém, o Estado não é o único, pois dificuldades com a existência de um extenso arcabouço legal envolvendo leis e decretos que nem sempre dialogam entre si é uma realidade brasileira.

As autoras, no entanto, acreditam que:

[...] apesar disso, os decretos referentes às políticas dirigidas aos povos indígenas e populações tradicionais podem ser considerados um avanço pela abordagem das questões sociais envolvidas na gestão de áreas protegidas. Estes podem significar um salto qualitativo para a conservação da biodiversidade. No entanto, quando se avalia a implementação institucional dos instrumentos de políticas públicas, não parece haver a integração necessária entre os órgãos que os coordenam e as ações em curso<sup>43</sup>.

Para exemplificar, claramente, o que está sendo debatido, cabe retornar ao Relatório de Auditoria Operacional, intitulado “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá” (UC’s), do Tribunal de Contas do Estado (TCE-AP), realizado em 2013. O TCE-AP evidenciou o fato de que a legislação ambiental do Estado do Amapá apresenta lacunas de regulamentação, ausência de normativos e sobreposição de atribuições entre os entes estaduais.

A principal norma legal de meio ambiente do Estado do Amapá é a Lei Complementar Estadual n. 005/94, que institui o Código Ambiental do Estado. O Código, no capítulo VI, cria o Sistema Estadual de Unidades de Conservação (SisEUC) e dá ao órgão ambiental estadual atribuição de organizar e coordenar o sistema. Entretanto, até o presente momento, não há regulamentação do SisEUC<sup>44</sup>.

Também não há regulamentação das atribuições da Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA) e Instituto do Meio Ambiente e de Ordenamento Territorial do Amapá (IMAP). A Lei n. 1.073/07 estabeleceu o IMAP como entidade executora da política ambiental e a SEMA como formuladora e coordenadora da política ambiental. Desse modo, as UCs deveriam estar inseridas no âmbito do IMAP. A SEMA fixaria os critérios de uso, ocupação e manejo das UCs. Contudo, as unidades de conservação estaduais continuam como atribuição da SEMA, bem como a execução de outros programas ambientais, e ao IMAP cabe, apenas, à fiscalização que, em alguns casos, necessita de convalidação da SEMA<sup>45</sup>.

41 SOARES, Fabiana de Menezes; ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. (Re)Pensando a qualidade da lei: o desafio brasileiro de legislar para o desenvolvimento. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; TAVARES NETO, José Querino. (Org.). *Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1, p. 1-30.

42 PRATES, Ana Paula Leite; IRVING, Marta de Azevedo. Conservação da biodiversidade e políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: desafios e tendências da origem da CDB às metas de Aichi. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 27-57, 2015. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3014/2569>>. Acesso em: 08 out. 2016.

43 PRATES, Ana Paula Leite; IRVING, Marta de Azevedo. Conservação da biodiversidade e políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: desafios e tendências da origem da CDB às metas de Aichi. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 27-57, 2015. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3014/2569>>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 50.

44 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

45 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

A Lei Estadual n. 1.076/07 criou uma sobreposição de atribuições entre a SEMA e a Secretária de Estado do Desenvolvimento Rural (SDR). A lei estabeleceu, no art. 51, sem regulamentação, a SDR como órgão responsável pela formulação e coordenação da política estadual florestal e extrativista, sendo que estas também fazem parte da política ambiental estadual<sup>46</sup>.

Outro problema de ausência de regulamentação é a gestão compartilhada da Floresta Estadual do Amapá (FLOTA), entre a SEMA e Instituto Estadual de Florestas (IEF), estabelecida no art. 4º da Lei Estadual n. 1.026/06. Essa falta de regulamentação é agravada pelo fato do IEF não ser vinculado a SEMA, mas a SDR, não o caracterizando-a como entidade de preservação ambiental<sup>47</sup>.

Além disso, há uma deficiência na lei de criação da Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RDS) do Rio Iratapuru. Segundo o art. 2º, II do Decreto n. 4.340/02, no ato de criação de uma RDS deve ser indicada a população tradicional beneficiária da UC. No entanto, não há tal indicação na Lei Estadual n. 392/97 (Lei de criação da RDS)<sup>48</sup>.

A omissão do Poder Executivo e do Legislativo Estadual em regulamentar as atribuições dos órgãos e entidades ambientais, além da desatualização das normas estaduais de meio ambiente, constituem os principais motivos para lacunas ou sobreposições de atribuições dos órgãos citados anteriormente, bem como a inadequação das normas ao ordenamento jurídico vigente<sup>49</sup>.

A ausência de normatizações acarreta lacunas de atribuições, como a fiscalização das UCs. Os chefes das unidades e o secretário da SEMA acreditam que a atribuição seja do IMAP. Este, por sua vez, afirma que não tem atribuição nas UCs. Já o IEF também alega não ter essa atribuição em relação à FLOTA<sup>50</sup>.

No caso da lei de criação da RDS, a ausência de indicação da população tradicional, cria a possibilidade para duas interpretações: nenhuma população tradicional pode explorar a UC ou qualquer uma pode fazê-la. Essas possibilidades colocam em risco a comunidade de São Francisco do Iratapuru, que depende dos recursos naturais da reserva para subsistência<sup>51</sup>.

O Tribunal de Contas do Estado recomendou que a SEMA atuasse juntamente ao Gabinete Civil do Governador para formular e acelerar as regulamentações e atualizações necessárias das normas vigentes. Dessa feita, espera-se com o cumprimento das recomendações, a eliminação de lacunas e a sobreposição de atribuições, a maior participação dos órgãos estaduais e a segurança jurídica sobre a exploração dos recursos das UCs.

Por certo, a lei deve ter legitimidade material (substância) e legitimidade formal. Os agentes públicos devem se preocupar cada vez mais em incorporar ao processo de elaboração das leis procedimentos específicos de planejamento, avaliação e estudo que sejam capazes de dar mais consistência e qualidade à legislação, atrelando-a, sempre, com o desenvolvimento almejado para o país, nos termos constitucionais (CF/88)<sup>52</sup>.

46 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

47 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

48 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

49 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

50 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

51 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional “Unidades de Conservação Estaduais do Amapá”*. Macapá: TCE-AP, 2013.

52 SOARES, Fabiana de Menezes; ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. (Re)Pensando a qualidade da lei: o desafio brasileiro de legislar para o desenvolvimento. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; TAVARES NETO, José Querino. (Org.). *Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1, p. 1-30.

## 5. DILEMAS DE DESENVOLVIMENTO NO AMAPÁ

No Amapá, a realidade imposta foi a seguinte: os municípios perderam seus territórios, o que estranhou as estratégias locais de desenvolvimento, e concentrou a população no espaço urbano, pois o interior não pode e poderá ser ocupado em função das áreas protegidas (Unidades de Conservação e Reservas Indígenas e Quilombolas)<sup>53</sup>.

De outra sorte, há uma sobreposição territorial no espaço amapaense. O Estado é um ente federado, juridicamente delimitado, que divide seu espaço com instituições públicas federais (IBAMA, FUNAI, Exército, SUFRAMA), empresas privadas, proprietários fundiários, grileiros, posseiros, e áreas criadas pela sua identidade cultural (quilombos). Tal característica implica execução de constantes pactuações e repactuações de delimitação territorial. Por consequência, novas territorialidades são constantemente definidas<sup>54</sup>.

A respeito das unidades de conservação, é certo que desempenham um papel fundamental na manutenção da qualidade de vida. Se por um lado elas impõem custos a determinados agentes econômicos, em função da restrição de uso direto de recursos naturais, oferecem em contrapartida uma extensa gama de serviços ambientais que agregam valores importantes para a sociedade. Logo, têm também uma justificativa econômica<sup>55</sup>.

Os custos das áreas protegidas podem ser agrupados em custos diretos (de criação, implementação e manejo) e custo de oportunidade, que é o valor que a sociedade deixa de produzir em função das restrições de uso dos recursos naturais.<sup>56</sup>

O desenvolvimento de instrumentos econômicos (por exemplo, a compensação ambiental) que favoreçam a criação e manutenção de unidades deve ser feito de forma bastante criteriosa. Enquanto a existência das UCs, normalmente, é justificada por benefícios difusos e de difícil estimativa de valor econômico, o custo de oportunidade que elas impõem em geral afeta diretamente determinados grupos que têm maior mobilização e facilidade para calcular suas potenciais perdas financeiras<sup>57</sup>.

Isso significa que muitas vezes os instrumentos que favorecem UCs encontram barreiras significativas em critérios importantes de avaliação de políticas. Logo, é fundamental que esses instrumentos sejam concebidos de forma endereçada aos problemas que eles procuram solucionar. Assim como é importante que levem em conta como e com que intensidade eles interferem no status quo dos agentes econômicos envolvidos. Em geral, é válido combinar diferentes ferramentas para atingir os objetivos de forma mais efetiva e positiva. Dessa forma, torna-se possível conciliar a manutenção de valores ambientais importantes para a sociedade como um todo, minimizando eventuais distorções distributivas dos custos da conservação<sup>58</sup>.

53 LIMA, Ricardo Ângelo Pereira de; PORTO, Jadson Luis Rebelo. Ordenamento territorial amapaense: dinâmicas de um estado brasileiro na fronteira Amazônia. In: X COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA. 2008, Barcelona, *Anais...* Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/100.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

54 LIMA, Ricardo Ângelo Pereira de; PORTO, Jadson Luis Rebelo. Ordenamento territorial amapaense: dinâmicas de um estado brasileiro na fronteira Amazônia. In: X COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA. 2008, Barcelona, *Anais...* Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/100.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

55 AMEND, Marcos. *Instrumentos econômicos e unidades de conservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 103 a 106. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

56 AMEND, Marcos. *Instrumentos econômicos e unidades de conservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 103 a 106. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015. p. 103.

57 AMEND, Marcos. *Instrumentos econômicos e unidades de conservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 103 a 106. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

58 AMEND, Marcos. *Instrumentos econômicos e unidades de conservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 103 a 106. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Riva et al<sup>59</sup> ponderam que a criação de áreas públicas protegidas, como parques nacionais, é considerada, em todo o mundo, uma das formas mais efetivas de conservação da diversidade biológica e sociocultural. Por outro lado, os recursos públicos alocados para a manutenção dessas áreas são cada vez mais escassos.

O Amapá abriga o maior parque nacional, o Parque Montanhas do Tumucumaque, que atingiu o território de 5 (cinco) municípios amapaenses e que padece com dificuldades de acesso e infraestrutura.

À título exemplificativo, os Estados Unidos recebem mais de 400 milhões de visitantes a cada ano em seus parques e o Brasil mal alcança 4 milhões, ou seja, 100 vezes menos. No Brasil, em 2008, a arrecadação nos parques nacionais abertos à visitação (apenas 31 dos 60 existentes), incluindo recursos de ingressos e concessões de serviços, foi de R\$ 18,7 milhões<sup>60</sup>.

Os números revelam que o país ainda não explorou o seu potencial de transformar a conservação destas áreas em fonte de riqueza. Isso, devido à falta de investimentos nas unidades de conservação nacionais e às modalidades inadequadas de gerenciamento, muitas ainda não são o que se pode qualificar como produto turístico. Logo, o que faz diferença a favor dos EUA? Os parques americanos tiveram investimentos substanciais do governo para receber bem os visitantes, criando condições para o desenvolvimento de empresas privadas ligadas ao turismo. Na América Latina, pelo contrário, a maioria dos parques não recebeu investimentos significativos e, por isso, é formal ou informalmente fechada ao uso público<sup>61</sup>.

As UCs carecem de centros de visitantes, trilhas seguras, atrações para recreação, áreas de acampamentos, estacionamento, além do fortalecimento da infraestrutura do entorno: estradas, aeroportos e muitos outros serviços básicos. Também são carentes de pessoal e de recursos para manutenção<sup>62</sup>.

Sobre o orçamento destinado a essas áreas no Brasil:

Em 2008, as áreas protegidas federais no Brasil (exceto terras indígenas) tiveram um orçamento de aproximadamente R\$ 332 milhões, sendo 95% oriundos do orçamento público. Considerando que R\$ 203 milhões (60%) foram gastos com pessoal e encargos, os recursos restantes não foram suficientes para cobrir os custos estimados para a sua conservação<sup>63</sup>.

Recentemente, de acordo com um estudo da INESC<sup>64</sup>, em 2014, o orçamento federal destinado às unidades de conservação ficou em um pouco mais de 378 milhões. Esse mesmo estudo apontou que o Tribunal de Contas da União (TCU) ao realizar uma avaliação sobre o estado de implementação das unidades de conservação na Amazônia concluiu que o montante de recursos disponíveis para o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) não é suficiente para atender as necessidades de gestão das unidades de conservação federais na Amazônia.

O trabalho do TCU indicou que atividades essenciais à gestão das unidades deixam de ser realizadas ou são realizadas de forma insatisfatória, tais como a fiscalização, combate a emergências ambientais, ações de educação e sensibilização ambiental e monitoramento da biodiversidade. Outra grande lacuna e desafio na

59 RIVA, Ana Luisa da; WEISS, Renata Loew; LOBO, Anna Carolina. *Unidades de conservação devem ser fontes de riqueza para o país*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 98-103. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

60 RIVA, Ana Luisa da; WEISS, Renata Loew; LOBO, Anna Carolina. *Unidades de conservação devem ser fontes de riqueza para o país*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 98-103. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

61 RIVA, Ana Luisa da; WEISS, Renata Loew; LOBO, Anna Carolina. *Unidades de conservação devem ser fontes de riqueza para o país*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 98-103. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

62 RIVA, Ana Luisa da; WEISS, Renata Loew; LOBO, Anna Carolina. *Unidades de conservação devem ser fontes de riqueza para o país*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 98-103. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

63 RIVA, Ana Luisa da; WEISS, Renata Loew; LOBO, Anna Carolina. *Unidades de conservação devem ser fontes de riqueza para o país*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 98-103. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015. p. 102.

64 Maiores informações em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/orcamento-tematico/ot-areas-protegidas>>.

consolidação das unidades de conservação é a regularização fundiária. Por exemplo, na Amazônia o percentual de terras privadas pendentes de regularização em relação ao total de unidades de conservação chega a 54,6%; no Cerrado, a 30,8% e na Mata Atlântica, a 12%.<sup>65</sup>

No Amapá, a insuficiência de recursos financeiros para as unidades de conservação estaduais foi comprovada pelo Tribunal de Contas do Estado. De acordo com o relatório apresentado pelo TCE-AP, o montante de recursos financeiros não está compatível com as necessidades de gestão das UCs estaduais do Amapá. Nos últimos 5 (cinco) anos, foram destinados às UCs, por intermédio de programas de trabalhos no orçamento do Estado, R\$2.717.841,55, segundo dados da Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA). Além de recursos orçamentários, as UCs receberam recursos extra orçamentários oriundos da compensação ambiental no valor total de R\$9.972.824,05, sendo que foram executados R\$5.860.832,02. Dessa forma, de 2008 a 2012, foram disponibilizados R\$ 12.690.665,60, para investimentos nas UCs<sup>66</sup>.

Todavia, como alertou o Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO), seriam necessários R\$15.005.797,67 em investimentos para que as UCs estaduais estivessem consolidadas em um prazo de 5 (cinco) anos, e mais R\$1.100.00,00 por ano em despesas com manutenção das unidades. Desta forma, de acordo com o documento, os gastos necessários em UCs seriam de R\$ 20.505.797,67, ao final de 5 (cinco) anos<sup>67</sup>.

Diante desse quadro e da impossibilidade de retrocesso em matéria ambiental, o Amapá precisa justificar economicamente a criação de suas áreas protegidas.

Lima e Porto<sup>68</sup> já alertaram que até a década de 1970, almejava-se integrar o país. Agora que se encontra conectado, visa-se mantê-lo competitivo. Daí a constante reorganização e o reordenamento territoriais. A tarefa do poder público é viabilizar a infraestrutura para estabelecer o preço da terra que funciona como atrativo para os grandes empreendimentos, bem como responsabilizar-se pelos investimentos sociais considerando que as empresas não incorporam o custo social ao desenvolvimento na Amazônia. O Amapá não foge a esta regra, daí a necessidade de se definir qual modelo de crescimento e desenvolvimento serão efetivados no seu espaço.

Por suas características e pelos marcos legais que lhe foram sendo impostos ao longo dos anos, como já mencionado, o Estado deve, sempre, pensar a gestão de seu território atrelada à gestão dos recursos naturais nele presentes.

Godard<sup>69</sup>, ao debater a gestão integrada dos recursos e meios naturais, defende o estabelecimento de novas relações entre níveis territoriais, de modo que as decisões que impulsionam a gestão dos recursos e do meio ambiente passem a levar em conta ao mesmo tempo os interesses e objetivos locais, regionais e nacionais, ou mesmo internacionais, por meio da limitação das zonas de responsabilidade exclusiva e ampliação das zonas de responsabilidade conjunta.

Para a transformação da conservação das áreas protegidas amapaenses em fonte de riqueza uma boa dose de criatividade e inovação será necessária para que os recursos e os investimentos sejam aplicados ade-

65 INESC. *Orçamento Socioambiental*: programas e ações para as áreas protegidas e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, SNUC. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/orcamento-tematico/ot-areas-protegidas>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

66 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional "Unidades de Conservação Estaduais do Amapá"*. Macapá: TCE-AP, 2013.

67 AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional "Unidades de Conservação Estaduais do Amapá"*. Macapá: TCE-AP, 2013.

68 LIMA, Ricardo Ângelo Pereira de; PORTO, Jadson Luis Rebelo. Ordenamento territorial amapaense: dinâmicas de um estado brasileiro na fronteira Amazônia. In: X COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA. 2008, Barcelona, *Anais...* Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/100.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

69 GODARD, Oliveira. A Gestão Integrada dos Recursos Naturais e do Meio Ambiente: conceitos, instituições e desafios de legitimação. In: VIEIRA, Paulo Freire; WEBER, Jacques (Org.). *Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento*: novos desafios para a pesquisa ambiental. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

quadamente. Caso contrário, o Amapá continuará enfrentando graves dilemas para assentar um modelo de desenvolvimento integrado e sustentável.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira muito cuidadosa, pois os desdobramentos das questões ambientais, territoriais e legais levantadas são diversos e apresentam muitas nuances, como considerações finais, pondera-se o seguinte:

a) A opção em criar áreas protegidas no Estado do Amapá sem o devido planejamento e ordenamento territorial onerou consideravelmente o Estado, as empresas e os indivíduos; São vários os problemas de sobreposição legal, de sobreposição territorial, de auscultação dos complexos interesses envolvidos, dificultando a implementação de políticas públicas de desenvolvimento eficazes;

b) É preciso organizar, consolidar e regulamentar a legislação amapaense, especialmente para que os embates de competência entre os órgãos ambientais estaduais, SEMA e IMAP, sejam resolvidos e, assim, as políticas públicas possam ser pensadas e gestadas adequadamente; Nesse aspecto, um horizonte de solução pode estar assentado na Teoria da Legislação, que tece reflexões críticas e avalia as funções da legislação, funções estas que, pelo menos até certo ponto, têm-se modificado como resultado da transformação do papel do Estado na sociedade;

c) Os investimentos nas áreas protegidas que ocupam mais 70% do território amapaense são escassos. Por conseguinte, os espaços sofrem com a gestão precária, com os entraves de acesso dada a infraestrutura baixa ou baixíssima e não conseguem se justificar economicamente, por exemplo, como atrativos turísticos. Buscar alternativas, instrumentos econômicos, para angariar recursos e investir nessas áreas é uma ação imperativa para o Estado;

d) Uma força tarefa para demarcação e regularização fundiária das áreas protegidas deve ser tornar política prioritária do Governo Estadual, pois este é um fator que obstaculiza as políticas de desenvolvimento;

e) Para a consolidação de um modelo de desenvolvimento integrado e sustentável, como se espera de um Estado com o perfil territorial do Amapá, são imperativos, também, investimentos em ciência, tecnologia e inovação. Criar modelos de incentivos fiscais próprios pode ser uma saída interessante para que parcerias entre empresas e Governo sejam executadas e reverberem na construção de uma base produtiva local, face a riqueza de recursos naturais presentes no Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAPÁ. Ministério Público do Estado do Amapá. *Atlas das Unidades de Conservação do estado do Amapá*. 2011. Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/download/107-atlas-das-unidades-de-conservacao-do-estado-do-amapa>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

AMAPÁ. Tribunal de Contas do Estado do Amapá. *Relatório de Auditoria Operacional "Unidades de Conservação Estaduais do Amapá"*. Macapá: TCE-AP, 2013.

AMEND, Marcos. *Instrumentos econômicos e unidades de conservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 103 a 106. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; CHAVES, M. E. O. As áreas protegidas do Estado do Amapá: estratégia de conservação e preservação ou injustiça ambiental? In: ANAIS DO I CONGRESSO INTERNACIONAL

DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 1, 2015, Londrina-PR, *Anais...* Londrina-PR: Universidade Estadual de Londrina, 2015. p. 1-12.

BENATTI, José Heder. *Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico econômico*. Disponível em: <[http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose\\_Heder\\_Benatti\\_Ordenamento\\_territorial\\_e\\_protecao.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Jose_Heder_Benatti_Ordenamento_territorial_e_protecao.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BERROS, María Valeria. Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-15, 2015. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3081/pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 6.291, de 7 de dezembro de 2007*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6291.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6291.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2015.

CHAGAS, Marco Antônio. *Tumucumaque: O “Big Park” e a história do conservacionismo no Amapá*. Rio de Janeiro: T’Ai Editora Digital, 2008.

DINIZ, E. Estado, variedades de capitalismo e desenvolvimento em países emergentes. *Desenvolvimento em debate*, v. 1, n. 1, p. 7-27, jan./abr. 2010. Disponível em: <[http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/dd\\_1\\_1.pdf](http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/dd_1_1.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

FERRASESI, Priscila Ferraresi. Justiça constitucional e a governança ambiental. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 51-73, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1263/1270>>. Acesso em: 08 out. 2016.

GODARD, Oliveira. A gestão integrada dos recursos naturais e do meio ambiente: conceitos, instituições e desafios de legitimação. In: VIEIRA, Paulo Freire; WEBER, Jacques (Org.). *Gestão de Recursos Naturais Renováveis e Desenvolvimento: novos desafios para a pesquisa ambiental*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

INESC. *Orçamento socioambiental: programas e ações para as áreas protegidas e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, SNUC*. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/orcamentotematico/ot-areas-protegidas>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Resolução n. 1, de 15 de janeiro de 2013*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/resolucao\\_01\\_2013.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/resolucao_01_2013.shtm)>. Acesso em: 01 mar. 2015.

IRVING, Marta de Azevedo. *Desatando nós: a relação entre conservação da biodiversidade, sociedade e cultura na gestão de áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 42-48. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

LIMA, Ricardo Ângelo Pereira de; PORTO, Jadson Luis Rebelo. Ordenamento territorial amapaense: dinâmicas de um estado brasileiro na fronteira Amazônia. In: X COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA. 2008, Barcelona, *Anais...* Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/100.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

PORTO, J. L. R. et al. *Dilemas territoriais amapaenses: a (des)configuração de um estado em construção*. 2008. Disponível em: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiapolitica/13.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

PRATES, Ana Paula Leite; IRVING, Marta de Azevedo. Conservação da biodiversidade e políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: desafios e tendências da origem da CDB às metas de Aichi. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 27-57, 2015. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas>

uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3014/2569>. Acesso em: 08 out. 2016.

RABELO, B. V. (Coord.). *Equipe Técnica do Programa Zoneamento Ecológico Econômico do Estado do Amapá*. 3. ed. Macapá: IEPA-COT-ZEE, 2008.

RIVA, Ana Luisa da; WEISS, Renata Loew; LOBO, Anna Carolina. *Unidades de conservação devem ser fontes de riqueza para o país*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. p. 98-103. Disponível em: <[https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2\\_fundovale\\_areasprotegidas\\_final.pdf](https://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5064529c3e4d2_fundovale_areasprotegidas_final.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SANDER, Sabrina Dhieniffer; MAIORKI, Giovane José. *Ordenamento do Território: um tema pouco discutido no Brasil*. Disponível em: <<http://www.periodicos.unc.br/index.php/drd/article/view/217>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Marcelo Gonçalves da. *Territórios quilombolas no Estado do Amapá: um diagnóstico*. Uberlândia, 2012. Disponível: <[http://www.lagea.ig.ufu.br/xx1enga/anais\\_enga\\_2012/eixos/1308\\_1.pdf](http://www.lagea.ig.ufu.br/xx1enga/anais_enga_2012/eixos/1308_1.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2015.

SILVA, Sandro Pereira. *Considerações Analíticas e Operacionais sobre a Abordagem Territorial em Políticas Públicas*. 2013. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4283/1/bps\\_n21\\_considera%C3%A7oesespecial.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4283/1/bps_n21_considera%C3%A7oesespecial.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2015.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas*. Belo Horizonte, 2009. p. 60. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/9/123456789-9.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

SOARES, Fabiana de Menezes; ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. (Re)Pensando a qualidade da lei: o desafio brasileiro de legislar para o desenvolvimento. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; TAVARES NETO, José Querino. (Org.). *Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1, p. 1-30.

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NA AMAZÔNIA BRASILEIRA. *Programa Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais (PPG-7)*. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org/programas/programa-piloto-para-a-prote%C3%A7%C3%A3o-das-florestas-tropicais-ppg-7>>. Acesso em: 08 out. 2016.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A educação diferenciada como política pública de inclusão social dos Guarani e Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**

**The differentiated education as public politics of social inclusion of the Guarani and Kaiowá in the state of Mato Grosso do Sul**

Isabelle Dias Carneiro Santos

# A educação diferenciada como política pública de inclusão social dos Guarani e Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul\*

## The differentiated education as public politics of social inclusion of the Guarani and Kaiowá in the state of Mato Grosso do Sul

Isabelle Dias Carneiro Santos\*\*

### RESUMO

A educação é um direito fundamental consubstanciado desde as primeiras constituições brasileiras, não sendo distinto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que inseriu a educação, expressamente, no rol de direitos sociais, uma vez que a fruição de tal direito é essencial não somente para a formação humana, mas também para o exercício da cidadania. Para tanto, políticas públicas distintas foram criadas com o intuito de incluir diferentes comunidades indígenas desde a educação básica até o ensino superior. O presente artigo tem o escopo de abordar a educação básica diferenciada dos Guarani e Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul, Estado este com a segunda maior população indígena do país. Como metodologia, foi utilizada pesquisa bibliográfica e exploratória com uso de método qualitativo, baseado nas doutrinas, dados oficiais e na legislação pátria e internacional. Como resultado da pesquisa, conclui-se que, apesar do aumento das matrículas na educação diferenciada entre as crianças e jovens indígenas no Mato Grosso do Sul, as políticas públicas para esse grupo específico de estudantes, ainda, necessitam de reavaliação e de aperfeiçoamento.

**Palavras-chave:** Educação Diferenciada. Povos Indígenas. Políticas Públicas.

### ABSTRACT

Education is a fundamental right embodied in the first Brazilian constitutions, as well as in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, which included the education expressly in the list of social rights, since the enjoyment of this right is essential not only for human development but also for the exercise of citizenship. Therefore, different policies have been created in order to include different indigenous communities in basic and higher education. This article has the scope to address the different basic education the Guarani and Kaiowá people receive in the *Mato Grosso do Sul* State, a state with the second largest indigenous population of the country. Bibliographical and exploratory research, using qualitative method, based on doctrines, official data and homeland and international law were used. It is concluded that despite the increase in enrollment in differentiated education

\* Recebido em 07/11/2016  
Aprovado em 16/12/2016

\*\* Professora Assistente no Curso de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Ciências-Jurídico Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

among indigenous children and young people in Mato Grosso do Sul, public policies for this specific group of students still need to be reviewed and improved.

**Key-words:** Differentiated education. Indian people. Public Policy.

## 1. INTRODUÇÃO

Os distintos povos indígenas existentes no território brasileiro foram tratados durante séculos ora como inferiores e em situação análoga a dos animais irracionais, ora como humanos carecedores de serem *civilizados*, humanização essa a ser desenvolvida mediante uma educação não de inclusão e respeito às diferenças étnico-culturais, mas de assimilação e aculturação conforme o desejo dos colonizadores.

Mesmo com o fim da colonização brasileira e constitucionalização de direitos inerentes à pessoa humana ao longo do século XIX e século XX, foi somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que houve a inserção no seu bojo de artigos que assegurassem o uso das línguas indígenas na educação escolar, possibilitando um processo próprio de aprendizagem, bem como a proteção das manifestações das culturas indígenas, o que propiciou a elaboração de políticas públicas<sup>1</sup> no campo da educação de modo diferenciado e voltado para os indígenas.

Não se pode esquecer, no entanto, de que, para tal evolução, os movimentos sociais relacionados à questão indígena, nos idos dos anos 1980 e 1990, que lutavam para o reconhecimento da necessidade de uma educação que respeitasse as peculiaridades linguísticas e culturais das distintas etnias, foram cruciais para que tal realidade se tornasse possível, havendo na sequência a alteração da legislação pátria, a exemplo do Código Civil de 2002, que trouxe no seu cerne que os membros das distintas etnias existentes no Brasil passam a gozar de maior proteção e deixam de ser, generalizadamente, tratados como incapazes e, portanto, dependentes dos não índios.

O presente artigo tem como escopo abordar a educação escolar indígena diferenciada especificamente no Estado do Mato Grosso do Sul (MS) com o estudo das etnias Guarani e Kaiowá<sup>2</sup>, que juntos são o maior percentual dentre aquelas existentes no Estado, abarcando as leis de proteção ao acesso e à permanência no tipo de educação em tela, assim como os resultados dessa política pública de educação básica, isto é, Educação Infantil, Fundamental e Médio, em suas comunidades.

Para tanto, foi feito levantamento e análise de legislação nacional, estadual e internacional, assim como de uma seleção bibliográfica de autores que abordam a temática, tanto no âmbito nacional quanto do Estado do Mato Grosso do Sul, utilizando-se, também, de documentos e sites oficiais que tratam sobre as políticas públicas educacionais voltadas para as comunidades indígenas, em especial a dos Guarani e a dos Kaiowá.

## 2. BREVE HISTÓRICO DOS GUARANI E KAIOWÁ NO MATO GROSSO DO SUL

Os índios Guarani estão distribuídos em quatro países da América do Sul, a saber: Brasil, Argentina, Paraguai e Bolívia, e em mais sete Estados brasileiros, tendo cada um dos grupos, ou seja, os Guarani-Kaiowá,

1 Segundo Maria Paula Dallari Bucci, as Políticas Públicas são “programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto”. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

2 Apesar de alguns estudiosos usarem o termo *Guarani-Kaiowá*, atualmente se tem preferido o uso da terminologia *Guarani e Kaiowá*, pois trata-se de duas etnias e, por conseguinte, subgrupos dentro do grupo maior: o Guarani.

os Guarani-Ñandeva, os Guarani-Mbyá, e os Guarani-Aché (este último grupo só há no Paraguai)<sup>3</sup>, características por vezes similares e outras vezes distintas quanto à língua, costumes, prática ritual e organização social e religiosa.

Com relação à população indígena no Brasil, abrangendo-se todas as etnias, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), o número dantes de cinco milhões de habitantes e 1.200 línguas no idos do século XVI passou a contabilizar, segundo o Censo do ano 2000, com 716.605 indígenas compostos por 283 etnias, dispostas em, aproximadamente, 4.067 aldeias, contando com cerca de 180 línguas distintas.<sup>4</sup>

Dentre a população composta pelos distintos povos indígenas existentes no Brasil, os Estados do Amazonas (AM) e o do Mato Grosso do Sul (MS) são os que possuem o maior número deles em seus territórios, sendo o Mato Grosso do Sul o segundo maior, com uma estimativa de mais de 72 (setenta e dois) mil indígenas, isto é, cerca de 8,5% da população, em que uma parte encontra-se em aldeias urbanas, a exemplo da capital Campo Grande, e outra parte em aldeias rurais.<sup>5</sup>

Em Mato Grosso do Sul, os Guarani e os Kaiowá, grupos esses objeto do presente estudo, concentram-se na grande Dourados, região do cone sul do Estado que abarca as cidades de Dourados, Caarapó, Tacuru, Amambai, Japorã e Coronel Sapucaia, em que agrupa cerca de 30 mil Guarani-Kaiowá, num total de “[...] 22 comunidades, oito reservas e 14 áreas demarcadas entre 1989 e 1994”<sup>6</sup>, conforme disposto em mapa abaixo.<sup>7</sup>

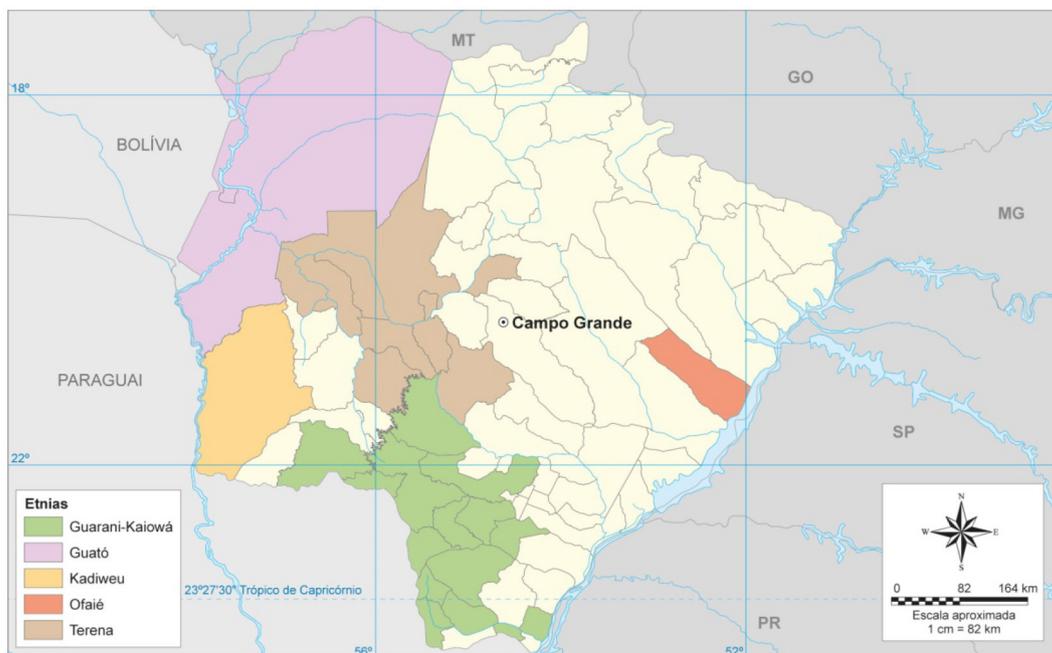
3 “Os Guarani são conhecidos por distintos nomes: Chiripá, Kaingua, Monteses, Baticola, Apyteré, Tembkuá e outros. Porém, a denominação com que se designam a si mesmos é Avá, que significa, em guarani, “pessoa”. Guarani Retã. Povos Guarani na Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai, 2008. p. 9. Disponível em: <[http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/caderno\\_guarani\\_%20portugues.pdf](http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/caderno_guarani_%20portugues.pdf)> Acesso em 14 de mai. de 2016.

4 MUSEU DAS CULTURAS DOM BOSCO – Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<http://www.mcdb.org.br/materias.php?subcategoriaId=23>>. Acesso em 21 de abr. de 2016.

5 Além dos Guarani-Kaiowá (povos do Cone Sul), as outras etnias indígenas existentes no Estado do Mato Grosso do Sul são os Terena, os Kadiwéu, os Guató, os Ofaié, os Kinikinau, os Camba e os Atikum (povos do Pantanal), sendo que os Atikum ainda não foram identificados como indígenas pelos órgãos habilitados.

6 GRÜNBERG, Friedl Paz. Reflexões sobre a situação dos Guarani no Mato Grosso do Sul, Brasil. Disponível em: <<http://www.guarani.roguata.com/sites/default/files/text/file/uid110/gruenberg-reflexoes-2002.pdf>> Acesso em 14 de mai. de 2016.

7 Mapa disponível em: <[https://www.google.com.br/search?q=mapa+da+popula%C3%A7%C3%A3o+guarani-kaiow%C3%A1+no+mato+grosso+do+sul&newwindow=1&tbm=isch&imgil=9WPXVEBrp4HE3M%253A%253ByB4kMgnrpVtBnM%-253Bhttp%25253A%25252F%25252Fwww.trilhasdeconhecimentos.etc.br%25252Fmato\\_grosso\\_do\\_sul%25252Fguarani.htm&source=iu&pf=m&fir=9WPXVEBrp4HE3M%253A%252CyB4kMgnrpVtBnM%252C\\_&usg=\\_\\_LLhrER-ZCG0UQC5UYp76nOCi2tg%3D&biw=1366&bih=667&ved=0ahUKEwi38MifkjbNAhUB4yY\\_KHRa\\_BHQYjciNQ&ei=DdpWV\\_e1BYHGm-gW\\_pKgBw#imgrc=BEqxIKjDwDEHnM%3A](https://www.google.com.br/search?q=mapa+da+popula%C3%A7%C3%A3o+guarani-kaiow%C3%A1+no+mato+grosso+do+sul&newwindow=1&tbm=isch&imgil=9WPXVEBrp4HE3M%253A%253ByB4kMgnrpVtBnM%-253Bhttp%25253A%25252F%25252Fwww.trilhasdeconhecimentos.etc.br%25252Fmato_grosso_do_sul%25252Fguarani.htm&source=iu&pf=m&fir=9WPXVEBrp4HE3M%253A%252CyB4kMgnrpVtBnM%252C_&usg=__LLhrER-ZCG0UQC5UYp76nOCi2tg%3D&biw=1366&bih=667&ved=0ahUKEwi38MifkjbNAhUB4yY_KHRa_BHQYjciNQ&ei=DdpWV_e1BYHGm-gW_pKgBw#imgrc=BEqxIKjDwDEHnM%3A)>. Acesso em 12 de dez. de 2016.



Fonte: Endereço Eletrônico.

Em menor quantidade, os povos Guarani e Kaiowá, também, podem ser encontrados em outras localidades do Estado, dentre as quais algumas próximas à Capital, outras no sudoeste e na fronteira com o Paraguai, tendo como exemplos as cidades de Sidrolândia, Ponta Porã e Laguna Carapã.

O certo é que esse grupo formado pelos Guarani e Kaiowá, assim como outras etnias existentes no Estado, como os Terena, os Ofaié, os Guató e os Kadiwéu, dentre outras, passaram a gozar de uma política pública educacional diferenciada a partir da década de 1990, educação essa que propicia não apenas o resguardo da língua, costumes e tradições, como também permite que, de fato, se tornem cidadãos brasileiros sem que percam suas identidades culturais.

### 3. A EDUCAÇÃO INDÍGENA E A EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA

Quando os portugueses e outros europeus chegaram ao Brasil, como colonizadores e exploradores no século XVI, depararam-se com vários povos indígenas e suas diferentes culturas, línguas, costumes e tradições, dentre as quais a *educação indígena* transmitida, oralmente, por eles próprios de geração em geração, desconhecendo-se à época a instituição da educação escolar.

Porém, já nos primeiros anos de colonização, tem-se a implantação e imposição de uma educação *formal* indígena, mediante Cartas Régias, com a introdução de escolas lideradas, em geral, por padres jesuítas, que tinham como principal intento a catequização das distintas etnias existentes, medida esta tomada pelos colonizadores de modo calculado com o fito de que “[...] os índios deixassem de ser índios [...] para se transformarem em cristãos e patriotas obedientes e submissos para facilitar a posse de suas terras e riquezas nelas existentes pelos colonizador”<sup>8</sup>, ensino esse com um caráter, visivelmente, *assimilacionista* e *integracionista*, marcado pela noção de superioridade da cultura europeia ocidental.

Tem-se, assim, ao longo da história brasileira, que: “Dos missionários jesuítas aos positivistas do Serviço de Proteção aos Índios [SPI], do ensino catequético ao ensino bilíngue, a tônica foi uma só: negar a

8 BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007.

diferença, assimilar os índios”<sup>9</sup>, e, mesmo com a substituição do SPI<sup>10</sup> pela Fundação Nacional para o Índio — FUNAI — na década de 1960, com a Lei de 5.371/67, a educação dos indígenas continuou com a mesma roupagem, realidade essa com uma *educação para o índio* que perdurou até a década de 1970<sup>11</sup>, tendo como exemplo o artigo 1º, parágrafo único do Estatuto do Índio de 1973, que traz em seu cerne o intuito de *integração* das comunidades indígenas.

Com os movimentos sociais ao longo da década de 1980, o intento de criar uma educação escolar indígena é fortalecido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois houve uma alteração significativa no que tange à proteção dos direitos dos povos indígenas no país com a preocupação de se implantar uma educação diferenciada no âmbito das próprias aldeias, o que favoreceu a garantia e a permanência dos jovens indígenas nas suas comunidades.

Com isso, a forma de assimilação até então trabalhada pelo Estado no campo jurídico e social como um “processo pelo qual o grupo étnico se incorpora noutro perdendo: a) sua peculiaridade cultural; b) sua identificação étnica anterior”<sup>12</sup> passa gradativamente a ser mitigada.

Desse modo, a luta pela criação e implementação de políticas públicas educacionais destinadas aos indígenas, com pedagogia e metodologia próprias tomou corpo, tendo-se como finalidade tanto desestimular o êxodo permanente dos indígenas para as áreas urbanas<sup>13</sup>, quanto garantir uma educação sem desprezar a cultura de cada etnia.

Até então, os dois tipos de educação existentes, seja quanto à forma de ministração, seja quanto ao intuito pretendido, eram a educação indígena, processo de educação feita pelos indígenas mais velhos e familiares com o repasse de conhecimentos orais e, inerentes à cultura de cada comunidade indígena, ou como dizem Adir Nascimento e Carlos Vieira, uma “[...] educação tradicional da cultura indígena, que se dá no interior das comunidades e sem necessidade da instituição escolar para tanto, orientada pela pedagogia de cada etnia”<sup>14</sup>, educação essa que ainda perdura.

De outro lado, tem-se a educação para o índio calcada na ideia de escola com professor (sem formação específica), sala de aula, livros e currículos criados pelos não índios para aplicar junto aos distintos povos indígenas sem se ater às peculiaridades de cada etnia, forma essa de educação combatida por ser “[...] caracterizada como a educação colonizadora, integracionista, formal e desintegradora”<sup>15</sup>.

Nem mesmo a ratificação do Brasil, na década de 1960, da Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1957, que trata sobre a proteção e integração das populações tribais e se-

9 BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Plano nacional de Educação – PNE – Educação Indígena, 2010. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/pne.pdf>>. Acesso em: 12 de mai. de 2016.

10 De acordo com Manuela Carneiro da Cunha, “O SPI extingue-se melancolicamente em 1966 em meio a acusações de corrupção e é substituído em 1967 pela Fundação Nacional do Índio (Funai): a política indigenista continua atrelada ao Estado e a suas prioridades.” CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil. História, Direitos e Cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.companhiadasletras.com.br/trechos/35025.pdf>>. Acesso em 12 de dez. de 2016.

11 “Convém assinalar que as escolas do SPI caracterizavam-se fundamentalmente por apresentarem currículos e regimentos idênticos aos das escolas rurais, incorporando rudimentos de alfabetização em português, além de atividades de aprendizagem de ofícios (corte e costura e marcenaria, entre outros)”. BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersm José dos Santos Luciano. Brasília, 2007.

12 OLIVEIRA, Roberto Cardoso. Do índio ao bugre: o processo de assimilação dos Terena. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 103.

13 A manutenção dos indígenas nas aldeias é uma forma de evitar que, ao terem acesso às zonas urbanas, os mais jovens passem a ter hábitos dos não índios, sobretudo no que se refere a vícios com a bebida alcoólica, o que propicia o distanciamento da cultura indígena e casos de suicídios, situação razoavelmente comum em aldeias do Mato Grosso do Sul.

14 NASCIMENTO, Adir Casaro. VIEIRA, Carlos Magno Naglis. A Escola Indígena Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul: experiência emancipatória de educação indígena. Disponível em: <[http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300889820\\_ARQUIVO\\_AnpuhNacional.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300889820_ARQUIVO_AnpuhNacional.pdf)>. Acesso em 21 de abr. de 2016.

15 NASCIMENTO, Adir Casaro. VIEIRA, Carlos Magno Naglis. A Escola Indígena Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul: experiência emancipatória de educação indígena. Disponível em: <[http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300889820\\_ARQUIVO\\_AnpuhNacional.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300889820_ARQUIVO_AnpuhNacional.pdf)>. Acesso em 21 de abr. de 2016.

mitribais de países independentes, foi capaz de alterar substancialmente na prática essa realidade, sendo o governo brasileiro em função de sua omissão acusado de etnocídio.

Somente com movimentos pelos direitos indígenas a partir do final dos anos setenta e, sobretudo, ao longo da década de oitenta e noventa, a forma de assimilação, até então trabalhada pelo Estado no campo jurídico e social como um “processo pelo qual o grupo étnico incorpora-se noutra perdendo: a) sua peculiaridade cultural; b) sua identificação étnica anterior”<sup>16</sup>, passou, gradativamente, a ser mitigada.

Surgem, então, reivindicações a direitos dantes inexistentes para os povos indígenas, dentre os quais uma educação diferenciada que respeitasse a cultura, a língua e a valorização de suas tradições com vistas a uma *educação escolar indígena*.

Nesse sentido, Antonella Maria I. Tassinari e Izabel Gobbi ressaltam que:

No caso da educação escolar indígena não se pode dizer que as transformações se deram em virtude da legislação, mas bem o contrário, as mudanças na legislação brasileira a respeito dos direitos indígenas é que são frutos de um grande movimento social que aglutinou lideranças indígenas de todo o país.<sup>17</sup>

Tais fatores vão propiciar a manutenção não apenas da educação indígena dentro das comunidades dos distintos povos indígenas, repassada a cada geração, conforme a tradição de cada etnia, mas também a educação escolar indígena diferenciada passou a garantir as especificidades de cada comunidade indígena de nosso país.

Desse modo, houve uma mudança significativa quando à forma de se enxergar a escola e a sua função, pois

a escola entre grupos indígenas ganhou, então, um novo significado e um novo sentido, como meio para assegurar o acesso a conhecimentos gerais sem precisar negar as especificidades culturais e a identidade daqueles grupos. Diferentes experiências surgiram em várias regiões do Brasil, construindo projetos educacionais específicos à realidade sociocultural e histórica de determinados grupos indígenas, praticando a interculturalidade e o bilingüismo e adequando-se ao seu projeto de futuro.<sup>18</sup>

Contudo, é com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como já dito anteriormente, que as políticas indigenistas no Brasil sofreram maior modificação, mediante a concessão de direitos e garantias, conforme veremos mais a frente.

No que se refere à realidade do Estado de Mato Grosso do Sul, a educação escolar indígena teve início na década de 1990, acompanhando o que se sucedia na esfera federal; e, com a presença do governo, professores com formação específica, muitos dos quais indígenas, e lideranças indígenas, empenhados em criar no Estado uma educação escolar diferenciada.

#### **4. A LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO À EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a prever, em seu artigo 231 *caput*, que: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”<sup>19</sup>, trazendo também no artigo 210, § 2º que: “O ensino fundamental regular

16 OLIVEIRA, Roberto Cardoso. Do índio ao bugre: o processo de assimilação dos Terena. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 103.

17 TASSINARI, Antonella Maria I. GOBBI, Izabel. Políticas públicas e educação para indígenas e sobre indígenas. Educação Revista do Centro de Educação. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009, p. 96.

18 BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Plano nacional de Educação – PNE. Educação Indígena, 2010. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/pne.pdf>> Acesso em: 12 de mai. De 2016.

19 BRASIL. Constituição a República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”<sup>20</sup>.

Diante dessa nova realidade jurídica, tornou-se possível a elaboração de legislação para uma educação inclusiva para os que pretendiam galgar novos patamares, indo do ensino básico até ao nível universitário<sup>21</sup>, elaborando-se na sequência da Lei Maior brasileira de 1988, leis infraconstitucionais e políticas públicas educacionais, bem como a criação de organismos nacionais e a ratificação de tratados internacionais voltados para à proteção dos povos indígenas.

Desse modo, ter-se-á, já no ano de 1991, o Decreto nº 26, que transfere a atribuição de oferta da educação escolar indígena para as Secretarias de Educação dos Estados e municípios, passando a temática a ser competência do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e não mais da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)<sup>22</sup>, ficando a cargo dos Estados e municípios a execução das políticas públicas de educação escolar indígena, contando-se, também, no ano de 1993 com o Comitê de Educação Escolar Indígena.

Outras modificações, também, foram estabelecidas com a Lei 9.394/96, isto é, a Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional (LDBEN), que criou as Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Escolar Indígena<sup>23</sup>, vislumbrando a inserção de indígenas no acesso, manutenção e fruição do direito à educação em distintas esferas de ensino, bem como a Lei 10.172/2001 sobre Educação indígena no Plano Nacional de Educação, o Decreto nº 6.861/2009, que trata sobre a organização da Educação Escolar Indígena em territórios etnoeducacionais<sup>24</sup>, além da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989, que trata dos Direitos Fundamentais e Povos Tribais, elencando no seu rol a educação escolar voltada para os povos indígenas em distintos níveis e nas mesmas condições que o restante da comunidade nacional.

Tem-se que as mudanças trazidas pelas legislações nacional e internacional propiciaram o aumento da participação de indígenas na educação, realidade essa confirmada pelo censo Escolar Inep/MEC 2006 entre os anos de 2002 e 2006, no qual da Educação Infantil ao Ensino Médio, verificou-se que houve um aumento de 47,3% de alunos de distintas etnias indígenas em 24 dos 26 Estados da Federação<sup>25</sup>. Todavia, apesar das alterações obtidas e do aumento da taxa de alfabetização da população indígena, esta, ainda, possui um nível educacional ainda baixo se comparado ao restante da população não indígena.<sup>26</sup>

No que se refere ao Estado do Mato Grosso do Sul, já na Constituição do Estado de 05 de outubro 1989, houve a garantia de processos de aprendizagem que respeitasse as peculiaridades étnicas de cada povo, prevendo em seu artigo 251 que: “O Poder Público assegurará às comunidades indígenas o ensino fundamental, ministrado em língua portuguesa, garantindo-se-lhes a utilização da língua materna e os processos próprios de aprendizagem.”<sup>27</sup>

20 BRASIL. Constituição a República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

21 O acesso dos estudantes indígenas na educação superior vem se dando em grande parte dos casos mediante o Programa Universidade para Todos (PROUNI), política pública criada em 2005 com a Lei 11.096.

22 BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007.p. 2.

23 A antiga LDB - Lei nº 4.024 de 1961, que tratava da educação em âmbito nacional, não se referia à Educação Escolar Indígena. GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. Do nacional ao local, do federal ao estadual: as leis e a Educação Escolar Indígena In: Pánel 5 Legislação Escolar Indígena, p. 132. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/vol4c.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2016.

24 Os territórios etnoeducacionais, definidos pelo Ministério da Educação, compreenderão, independentemente da divisão político-administrativa do País, as terras indígenas, mesmo que descontínuas, ocupadas por povos indígenas que mantêm relações intersociedades caracterizadas por raízes sociais e históricas, relações políticas e econômicas, filiações linguísticas, valores e práticas culturais compartilhados. BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Lei Nacional de Diretrizes e Bases (LDB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 05 de mai. de 2016, p. 379.

25 HENRIQUES, Ricardo. GESTEIRA, Kleber. GRILLO, Susana. CHAMUSCA, Adelaide (Orgs). Cadernos Secad 3. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Educação Escolar Indígena: diversidade sociocultural indígena ressignificando a escola. Brasília/DF, abril de 2007, p. 28.

26 Brasil tem quase 900 mil índios de 305 etnias e 274 idiomas. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomab>>. Acesso em: 01 abr. 2016

27 MATO GROSSO DO SUL. Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 05 de outubro de 1989. Disponível em:<

Para tanto, ainda, na década de 1980, houve, no Estado, conforme Adir Casaro Nascimento, o trabalho conjunto de:

[...] professores – índios Guarani/Kaiová, os poucos que existiam, e algumas lideranças, assessorados por órgãos não governamentais, em especial o CIMI (Conselho Missionário Indigenista) e professores universitários pesquisadores da questão indígena, criam o Movimento dos Professores Guarani/Kaiová, que passa a fazer gestão no sentido de contarem com currículos mais próximos de suas realidades e, conseqüentemente, com programas de capacitação inicial e continuada.<sup>28</sup>

Nasce, assim, em parceria entre universidades sul-mato-grossenses, um curso de magistério para a formação de professores indígenas Guarani e Kaiowá, conhecido como Projeto Ará Verá, que se concretiza em 1999 e existe até hoje.

Já no campo legislativo, visando assegurar um direito à educação próprio aos indígenas,

[...] o Conselho Estadual de Educação/MS, órgão normativo do Sistema Estadual de Ensino de Mato Grosso do Sul, através da Deliberação CEE/MS nº 4324, de 03 de agosto de 1995, aprovou o documento Diretrizes Gerais/Educação Escolar Indígena, elaborado pela Secretaria de Estado de Educação/MS/92, como documento normatizador de propostas curriculares para a educação escolar das populações indígenas. Esta mesma Deliberação estabeleceu como documento normativo o Parecer CEE/MS nº 201/95 – CPLN, aprovado na Sessão Plenária de 03/08/95<sup>29</sup>.

Essas assembleias, chamadas de Aty Guasu, tiveram a atuação conjunta de lideranças indígenas, professores, governo estadual, decorrendo dos esforços outras normas subsequentes, como o Decreto Estadual nº 10.734, de 18 de abril de 2002, que cria a Escola Indígena no Sistema Estadual de Ensino.

No que se refere à esfera municipal, dos 79 municípios do Estado do Mato Grosso do Sul, apenas 26 possuem educação escolar indígena, englobando não somente os Guarani e os Kaiowá, mas outras etnias também.

## 5. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PARA OS GUARANI E KAIOWÁ NO MATO GROSSO DO SUL

As políticas públicas ganham relevo no Brasil com a redemocratização do país a partir da década de 1990, com o escopo de concretizar os direitos sociais trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mediante ações governamentais coordenadas pelo Estado e destinadas à efetivação de direitos humanos fundamentais.<sup>30</sup>

Para tal, as políticas públicas, conforme expõe Maria Paula Dallari Bucci, passam a resultar

[...] de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas<sup>31</sup>, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como um tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>32</sup>

<http://www.al.ms.gov.br/LinkClick.aspx?fileticket=vY9Gt9a1ypw%3D&tabid=220>>. Acesso em: 29 de abr. de 2016.

28 NASCIMENTO, Adir Casaro. Currículo, Interculturalidade e Educação Indígena Guarani/Kaiowá. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwiF37GQ1ZbNAhUJYyYKHb1ABYIQFggxMAM&url=http%3A%2F%2F28reuniao.anped.org.br%2Ftextos%2Fgt12%2Fgt12680int.rtf&u sg=AFQjCNGFUCHVNlppQIQ7q80bA9uJS4-Hw&sig2=Agsp-amS1jr2bAsPesWUfw>>. Acesso em: 02 de jun. de 2016.

29 MATO GROSSO DO SUL. Conselho Estadual de Educação, p. 2 Disponível em: <<http://www.cee.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/84/2015/08/indica%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-38.pdf>>. Acesso em: 12 de mai. de 2016.

30 BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-191.

31 Para Maria Paula Dallari Bucci, a política pública também pode ser privada. Nesse caso, como existe voluntariedade dos entes do setor privado, não havendo que se falar em dever, realização de direitos ou de planejamento.

32 BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas Públicas

Ressalte-se que as vulnerabilidades sociais da população podem ser nacionais, regionais ou locais, razão pela qual as políticas públicas para atender às suas necessidades podem ser focalizadas ou universais, tendo como escopo minimizar as desigualdades sociais. Tendo por alicerce a Constituição Federal Brasileira de 1988, tem-se a educação como um direito que deve ser fruído por todos, todavia, há situações em que as políticas públicas para sua efetivação configuram-se como focalizadas.<sup>33</sup>

Dessa forma, tem-se a educação escolar indígena dos Guarani e Kaiowá como um valor jurídico social consubstanciado na Lei Maior brasileira e que, como tal, deve ser garantida pelo Estado via políticas públicas em todas as idades e de forma diferenciada, principalmente para aquelas que se encontram em idade escolar, ou seja, dos 4 aos 17 anos.

Além das normas já apresentadas, os seguintes parâmetros normativos devem ser observados pelas políticas públicas educacionais. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA) traz em seus artigos 3º e 58, respectivamente, que:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 58 - No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.<sup>34</sup> (destaque nosso)

Desse modo, o Estatuto da Criança e Adolescente passa a ser aplicado aos estudantes indígenas (crianças e adolescentes), observando-se, no entanto, as diferenças socioculturais de cada etnia.

No que se refere à Lei Nacional de Diretrizes e Bases (LDB) nº 9.394 de 1996, esta prevê de modo mais específico à educação para os indígenas, trazendo em seus artigos 32 e 78 que:

Artigo 32 – O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. (destaque nosso)

Artigo 78 – O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de Educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I – proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II – garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações,

conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.<sup>35</sup>

Já em fins do século XX, no ano de 1998, o então Ministério da Educação e Cultura (MEC) publicou o Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas – RCNEI, o qual prevê que as escolas indígenas devem ser comunitária, intercultural, bilíngue ou multilíngue, conforme o caso, específica e diferenciada.<sup>36</sup>

No âmbito dos tratados internacionais, o Brasil ratificou a Convenção nº 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a promulgou pelo Decreto nº 5.051/2004, documento este que traz em

---

– reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

33 Sobre o tema, vale destacar que: “Políticas públicas focalizadas e políticas universalistas podem, no entanto, ser combinadas com o intuito de melhorar o desempenho da atuação do Estado na esfera social”. RIBEIRO, Hélcio. Constituição, Participação e Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma M. O direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53.

34 BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 29 de abr. de 2016.

35 BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases (LDB) nº 9.394 de 1996.

36 BRASIL. Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas – RCNEI. Brasília, 1998. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002078.pdf>>. Acesso em 30 de abr. de 2016. p. 24-25.

seu artigo 27, n° 3 que: “[...] os governos deverão reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e instalações de educação, contanto que essas instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos”<sup>37</sup>.

Ainda na seara internacional, foi criada no âmbito da Organização das Nações Unidas a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, do qual o Brasil é signatário, e que traz em seu artigo 14 que:

1. Os povos indígenas têm direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições docentes que os eduquem em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e aprendizagem.
2. As pessoas indígenas, em particular as crianças indígenas, têm direito a todos os níveis e formas de educação do Estado sem discriminação.
3. Os Estados adotarão medidas eficazes, junto com os povos indígenas, para que as pessoas indígenas, em particular as crianças, incluídos todos que vivem fora de suas comunidades, tenham acesso, quando for possível, à educação em sua própria cultura e em seu próprio idioma.<sup>38</sup>

Diante desses compromissos firmados, o Brasil passou a pôr em prática tais medidas por meio de políticas públicas voltadas para a criação de uma educação escolar indígena, dentro das próprias aldeias (rurais e urbanas), englobando desde a Educação Infantil até o Ensino Médio<sup>39</sup>, sendo a realidade do Estado do Mato Grosso do Sul similar ao do cenário internacional.

### 5.1. A cultura indígena *versus* a educação infantil

No que se refere à Educação Infantil, o Estado brasileiro a prevê como opcional para as crianças indígenas, com base na previsão da Resolução n° 5, de 17 de dezembro de 2009. Desse modo, cabe aos pais e à comunidade decidir pela implantação ou não nas aldeias da educação escolar indígena desde a Educação Infantil.

Essa opção é dada, pois, apesar de o Poder Público ter disponibilizado a possibilidade de se ter uma educação escolar diferenciada para os indígenas já aos quatro e cinco anos, uma vez que a Educação Infantil não possui uma grande procura, salvo em alguns casos específicos, como nas aldeias urbanas. Nessa senda, vale aqui frisar que,

em alguns contextos indígenas, as escolas não são vistas como necessárias para cuidar e educar as crianças, papel, por excelência, da família e da comunidade. Mas, em outros, a Educação Infantil se apresenta como uma demanda política e social que deverá ser atendida pelo Estado. Para as famílias que necessitam, a Educação Infantil indígena deverá ser cuidadosamente planejada e avaliada no que se refere ao respeito aos conhecimentos, às culturas, às línguas, aos modelos de ensino e aprendizagem, dentre outros aspectos. Esses cuidados devem ser tomados para evitar que a escola distancie a criança de seus familiares, dos demais membros da comunidade, dos outros espaços comunitários e até mesmo, em alguns casos, da sua língua materna.<sup>40</sup>

O certo é que, em várias das etnias indígenas existentes no país, há a compreensão de que mesmo na mais tenra idade até antes de adentrar na Educação Infantil, a criança deve estar aos cuidados da família e da co-

37 OIT. Organização Internacional do Trabalho. Convenção n° 169 de 1989. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/content/convencao-169-e-o-instrumento-para-inclusao-social-dos-povos-indigenas> > Acesso em: 12 de mai. de 2016.

38 ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: < [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf) >. Acesso em: 12 de mai. de 2016.

39 Vale ressaltar que há escolas indígenas denominadas de *escolas indígenas-piloto*, escolas que de experiências inovadoras de iniciativa não governamental, ou seja, das próprias comunidades indígenas e suas assessorias. BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007. p. 9.

40 Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Conselho Nacional da Educação. Câmara Nacional de Educação Básica. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013, p. 384.

munidade para que aprenda os costumes, a língua e os valores de seu povo, e para que se integre e socialize, plenamente, com os demais membros de sua comunidade étnica, não sendo diferente entre o povo Guarani.

A visão que os Guarani e os Kaiowá, assim como outras etnias, ainda têm da escola e da educação que não seja apenas a indígena é de resistência, uma vez que, para eles,

A Palavra não é ensinada, nem aprendida humanamente. E, para muitos Guarani, resulta insensato e até provocador pretender ensinar às crianças na escola; aí está seu receio e às vezes seu enérgico rechaço à escola formal. A Palavra é um dom que se recebe dos de Acima e não é um conhecimento aprendido de um professor.<sup>41</sup>

Não obstante essa resistência, o número de famílias que busca inserir seus filhos na Educação Infantil, segundo dados do Ministério da Educação, vem crescendo desde o início do século XXI, passando de 9.476 matrículas no ano de 2002 para 18.918 matrículas no ano de 2006.<sup>42</sup>

Em Mato Grosso do Sul, as Secretarias Municipais de Educação são as principais encarregadas de implantar e acompanhar a educação escolar indígena. Segundo dados do Censo Escolar MEC, havia, no ano de 2005, “1.001 alunos de 4 a 6 anos na EI [educação infantil], em 24 das 46 escolas indígenas que havia naquele ano [e] em 2012, foram 11.379 matrículas de EI e Ensino Fundamental entre os Kaiowá e Guarani no Estado”<sup>43</sup>, verificando-se conforme os dados públicos disponíveis um aumento no número de matrículas na Educação Infantil efetuadas desde a implantação dessa política pública.

## 5.2. Ensino fundamental para os indígenas

No campo do Ensino Fundamental, que vai do 5º ao 9º ano e engloba a faixa etária dos 10 aos 17 anos, é organizado no âmbito nacional tanto pelos municípios quanto pelos Estados da Federação e Distrito Federal.

No caso das escolas indígenas, o ensino diferenciado é: “Organizado em ciclos, seriação, etapas ou módulos. A oferta do Ensino Fundamental nas escolas indígenas segue, na maioria dos casos, a proposta organizacional definida pelas Secretarias de Educação”<sup>44</sup>.

Mas, mesmo se guiando por propostas do Estado, as escolas têm autonomia para definir seus projetos pedagógicos, currículos e mesmo calendários conforme a realidade da comunidade, ficando tal tarefa a cargo dos professores, em geral, também, indígenas, escolher o que melhor se adéqua à realidade dos estudantes.

Esse fator é crucial não somente para o trabalho do professor, mas também para o aumento do interesse dos próprios alunos em obter conhecimentos inerentes à realidade de sua comunidade, o que auxilia no aumento dos alunos e interesse pela escola. Nesse sentido,

O Censo Escolar 2005 (INEP/MEC) revelou que a educação escolar indígena cresceu 40% só nos últimos três anos do governo Lula. Em 2002, havia 117 mil alunos indígenas estudando em escolas indígenas. Em 2005, esse número subiu para 164 mil indígenas estudando em 2324 escolas indígenas do país.<sup>45</sup>

41 Guarani Retã, Povos Guarani na Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai, 2008. p. 12. Disponível em: <[http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/caderno\\_guarani\\_%20portugues.pdf](http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/caderno_guarani_%20portugues.pdf)> Acesso em 14 de mai. de 2016.

42 BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007, p.10.

43 ROSSATO. Veronice Lovato. Educação Infantil entre os Kaiowá e Guarani em Mato Grosso do Sul e Suas implicações no *Ava Reko*. p. 3. Disponível em: <<https://infanciaindigena.files.wordpress.com/2014/10/educac3a7ao-infantil-entre-os-kaiowc3a1-e-guarani-em-mato-grosso-do-sul-e-suas-implicac3a7c3b5es-no-ava-reko-veronice-rossato.pdf>>. Acesso em: 01 de nov. de 2016.

44 Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Conselho Nacional da Educação. Câmara Nacional de Educação Básica. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013, p. 387.

45 BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007. p.10.

Esse aumento, vale ressaltar, deu-se em função de esforços e movimentos dos próprios indígenas no sentido de se implantar o Ensino Fundamental nas aldeias, realidade essa que:

O próprio Ministério da Educação reconhece que a ampliação da oferta deve-se em grande parte pela demanda e pressão dos índios e outra parte pela força da lei que obrigou os Estados e Municípios a investirem na educação fundamental, incluindo os povos indígenas, através do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF).<sup>46</sup>

No caso do Estado do Mato Grosso do Sul, apesar de o Ensino Fundamental destinado aos indígenas ser em grande parte ligado à rede municipal, há escolas vinculadas à Secretaria Estadual de Educação (SED) em que conta com duas escolas indígenas de Ensino Fundamental.

Pela legislação nacional, o funcionamento das escolas indígenas não se dá dessa forma, pois, excepcionalmente, os municípios preenchem os requisitos, ficando a cargo dos Estados membros a educação diferenciada indígena.

No que se refere ao Ensino Médio, este fica a cargo da Secretaria Estadual de Educação, como são os casos “[...] de duas escolas de ensino médio em Aquidauana, uma em Nioaque, uma em Dourados e outra em Amambai.”<sup>47</sup>

Para os Guarani e os Kaiowá, do mesmo modo, tanto os municípios quanto o Estado são responsáveis pela educação escolar indígena, existindo, em suas aldeias, escolas de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio.

No caso específico do Ensino Fundamental, segundo Veronice Lovato Rossato,

em quase todas as escolas funcionam as quatro primeiras séries do ensino fundamental, mas em algumas só 1ª e 2ª séries, sendo que os alunos das demais séries são levados para estudar na cidade. Em muitas, as turmas são multisseriadas.<sup>48</sup>

Já o número de escolas que oferecem por completo o Ensino Fundamental nos moldes da educação escolar indígena é pequeno, sendo apenas três, ou seja, a Escola Municipal Francisco Meireles, em Dourados, a escola Escola Municipal Indígena Mbo`Eroy Guarani Kaiowá, localizada na aldeia Amambai no município de Amambai e, a Escola Nhandejára Pólo, na Aldeia Tey Cuê, em Caarapó.

### 5.3. Ensino médio nas aldeias

O Ensino Médio no Brasil é de competência dos Estados da Federação, sendo destinado ao preparo dos estudantes que desejam adentrar no ensino superior, bem como em cursos de tecnólogos, tanto em instituições privadas quanto públicas.

Apesar da importância dessa etapa da educação básica, o número de alunos e escolas indígenas diferenciadas nas aldeias é pequeno e recente<sup>49</sup>, o que muitas vezes força o alunado da zona rural (aldeias) a se

46 BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007. p. 11.

Vale ressaltar que o FUNDEF — Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental criado em 1998, foi transformado no FUNDEB — Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica no ano de 2007.

47 Dourados News. Governo amplia educação indígena em Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<http://www.douradosnews.com.br/arquivo/governo-amplia-educacao-indigena-em-mato-grosso-do-sul-672ee0009fada2e9cbb7ad431fe905e9>> Acesso em: 15 de mai. de 2016.

48 ROSSATO, Veronice Lovato. Os resultados da escolarização entre os kaiowá e guarani em Mato Grosso do Sul — “Será o letrado ainda um dos nossos? Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação — Mestrado em Educação da Universidade Católica Dom Bosco, 2002, p. 76.

49 “Atualmente, das 2.836 escolas indígenas existentes, 80 ofertam essa etapa de ensino, segundo dados do Censo Escolar de 2010 do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP).” Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Conselho Nacional da Educação. Câmara Nacional de Educação Básica. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica.

deslocar para a zona urbana a fim de finalizar seus estudos. Isso, porém, nem sempre é bem visto, uma vez que, além da dificuldade de locomoção, conforme a localidade da aldeia, ainda há a dificuldade de adaptação e a necessidade de adequação curricular e pedagógica das escolas fora das aldeias.

São poucas as escolas nas aldeias que ofertam o Ensino Médio e, destas, a maior demanda não é para o ensino convencional, mas para o Ensino Médio técnico, pois entende-se que essa educação melhor prepara o indígena e adéqua-se às necessidades da comunidade “[...] no sentido de contribuir para as alternativas de sustentabilidade”<sup>50</sup>. Apesar dessa realidade, há “[...] uma demanda crescente nos projetos de escolas diferenciadas das comunidades indígenas”<sup>51</sup>.

Isso vem-se dando, pois, no que se refere à realidade indígena,

o Ensino Médio nas escolas indígenas se reveste de muita importância, pois lideranças e professores indígenas anseiam por uma formação que fortaleça e desenvolva suas comunidades, inserindo jovens e adultos em atividades voltadas para a melhoria das condições de vida com afirmação das identidades étnicas. A articulação entre Secad e a SEB vem estimulando as Secretarias de Educação a implantar o Ensino Médio e mediando o diálogo com os representantes indígenas.<sup>52</sup>

Já a realidade das etnias Guarani e Kaiowá que se encontram no Mato Grosso do Sul, segundo relato do professor indígena Joaquim Adiala Hara,

[...] o curso da Secretaria Estadual de Educação “Ará Verá” forma professores para as séries iniciais e, a Universidade Federal da Grande Dourados [UFGD] criou em 2006 o curso de Licenciatura Indígena (intercultural) que atende, principalmente aos Nãndeva e Kaiowá. Lembramos que as maiores aldeias destes povos já possuem o Ensino Médio regular, com expressivo aumento de alunos, o que significa aumento dos futuros acadêmicos indígenas.<sup>53</sup>

Não obstante, o trabalho desenvolvido com o escopo de melhor preparar os professores que atuarão no Ensino Médio das escolas indígenas, há tão somente cinco escolas de Ensino Médio no Estado do Mato Grosso do Sul, distribuídas da seguinte forma:

Escola Indígena Tengatui Marangatu, no município de Dourados; Escola Indígena Nãndejara, no município de Caarapó; Escola Indígena Ubaldo Arandu Kuemi, no município de Tacuru; Escola Estadual Indígena Mbo Eroy Guarani Kaiowá, localizada na aldeia Amambai, no município de mesmo nome; e a Escola Municipal Indígena Nãnde Reko Arandul localizada na Aldeia Taqueri, no município de Coronel Sapucaia.<sup>54</sup>

Percebe-se, pois, que, apesar da existência de escolas indígenas no Estado, ainda há a necessidade de um maior número de escolas com educação diferenciada que respondam às necessidades das comunidades indígenas, especialmente para atender à demanda do ensino profissionalizante.

---

Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013. p. 388.

50 COLARES, Anselmo Alencar. Reflexões em torno da escola indígena diferenciada na Amazônia brasileira. UFOPA/Brasil. Disponível em: <[http://www.anpae.org.br/IBERO\\_AMERICANO\\_IV/GT3/GT3\\_Relato/AnselmoColares\\_GT3\\_integral.pdf](http://www.anpae.org.br/IBERO_AMERICANO_IV/GT3/GT3_Relato/AnselmoColares_GT3_integral.pdf)>. Acesso em: 11 de mai. de 2016.

51 Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Conselho Nacional da Educação. Câmara Nacional de Educação Básica. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013, p. 388.

52 HENRIQUES, Ricardo. GESTEIRA, Kleber. GRILLO, Susana. CHAMUSCA, Adelaide (Orgs). Cadernos Secad 3. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Educação Escolar Indígena: diversidade sociocultural indígena ressignificando a escola. Brasília/DF, abril de 2007, p. 34

53 SOUZA, Ilda de. Povos Indígenas e o Tema da Diversidade Linguística. p. 88, In: URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera (Org.) Cultura e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul. Campo Grande, MS: UFMS, 2013.

54 HARA, Joaquim Adiala. Educação Escolar Indígena em Mato Grosso do Sul – Desafios e conquistas. Disponível em: <<http://fetems2.org.br/fetems/site/Utilidades/view/noticia:32/categoria:/search/menu:5/submenu:3>

5>. Acesso em: 10 de mai. de 2016.

## 6. DESAFIOS QUANTO À EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA

Apesar das mudanças trazidas pelas legislações estaduais, nacional e internacional, do qual o Brasil é signatário, e do aumento da participação de indígenas na educação formal, segundo o censo Escolar Inep/MEC 2006<sup>55</sup>, o crescimento na taxa de alfabetização entre os indígenas mais jovens é um fato, todavia, “[...] a população indígena ainda tem nível educacional mais baixo que o da população não indígena, especialmente na área rural”<sup>56</sup>.

Dentre os desafios existentes a serem suplantados, estão o saber até que ponto o aparato jurídico existente criou de fato uma educação diferenciada, bilíngue e intercultural, e como pode se dar uma maior atuação dos próprios indígenas, em especial dos professores com formação para a educação indígena, com o escopo de auxiliar não somente na garantia de uma educação multicultural, mas também no aperfeiçoamento das políticas públicas já existentes.

Tais pormenores são importantes, pois a discussão sobre a qualidade do ensino é assunto recorrente no que se refere, também, à educação escolar diferenciada, tendo em vista que,

de acordo com o Censo Escolar 2006, dos 172.591 estudantes indígenas, apenas 7.630 estão no ensino médio. Mas esse número representa um crescimento de quase 80% ao ano, uma vez que em 2005 eram 4.749. Em 2002, havia apenas 18 escolas indígenas com ensino médio e em 2005 este número saltou para 72 escolas. Mas o problema da oferta não é o que mais preocupa os índios. O maior problema é a qualidade do ensino oferecido. As escolas de ensino médio são as principais responsáveis pelo afastamento espacial e sociocultural dos jovens indígenas, em grande medida porque são

escolas implantadas com pouca discussão sobre seu papel social na vida presente e futura das comunidades beneficiárias.<sup>57</sup>

Essa situação não é distinta no Mato Grosso do Sul, citando-se aqui como exemplo o município de Dourados, onde “O desempenho das escolas indígenas do município também é preocupante. Enquanto a média da cidade de Dourados foi de 5,1 no Ideb 2013 (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica), as escolas indígenas não ultrapassaram 3,0 na mesma avaliação.”<sup>58</sup>

Para sanar essa problemática, foi elaborada mais uma lei em 2014, a Lei 13.005 que permitiu que fosse aprovado o novo Plano Nacional de Educação (PNE), estabelecendo que os entes da Federação devem considerar “[...] as necessidades específicas das populações do campo e das comunidades indígenas e quilombolas, asseguradas a equidade educacional e a diversidade cultural”.<sup>59</sup>

Desse modo, presume-se que a legislação nacional aliada à participação indígena<sup>60</sup> permitirá que estes

55 HENRIQUES, Ricardo. GESTEIRA, Kleber. GRILLO, Susana. CHAMUSCA, Adelaide (Orgs). Cadernos Secad 3. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Educação Escolar Indígena: diversidade sociocultural indígena ressignificando a escola. Brasília/DF, abril de 2007, p. 28.

56 BRASIL. Analfabetismo. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomas>>. Acesso em: 23 mar. de 2016.

57 BRASIL. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007, p. 12.

58 UOL. Justiça obriga prefeitura a construir salas de aula para indígenas em MS. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2014/11/28/justica-obriga-prefeitura-a-construir-salas-de-aula-para-indigenas-em-ms.htm>>. Acesso em: 21 de mai. de 2016.

59 BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014 sobre o Plano Nacional de Educação. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>>. Acesso em: 20 de mai. de 2016.

60 O envolvimento dos indígenas está disposto no artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT, promulgado pelo Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004, trazendo que:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os

exercçam como cidadãos políticas públicas destinadas a eles mesmos, fator de suma importância quando falamos de um grupo que tem percepções do mundo e das necessidades distintas daquelas imaginadas pelo Estado. Desse modo, torna-se ímpar a participação popular ativa, além de uma ação coordenada entre Poder Público e o particular na discussão dos programas de educação escolar diferenciada.

Impende, ainda, ressaltar que, no que se refere às circunstâncias sul-mato-grossenses, há em todo o Estado, sobretudo na região do cone sul, certa resistência quanto à temática indígena, em especial da própria população. Isso se dá justamente pelo número de indígenas existentes no Estado, considerado o segundo maior em população no país, e em razão dos conflitos de terras na região, já que se trata de uma localidade de extensa área agropecuária e a demarcação de terra é uma celeuma constante, com casos inclusive de conflitos entre indígenas e não índios. Mesmo assim, a política pública de educação indígena continuada foi implantada, necessitando, contudo, de ser aperfeiçoada, tendo em vista que

a população indígena do Cone Sul está distribuída em reservas indígenas, terras em litígio ou em beiras das estradas. Neste contexto, há inúmeras crianças sem ir à escola, especialmente as que vivem em áreas de conflitos. As escolas que existem não são suficientes para atender a demanda de alunos, faltam vagas na Educação Infantil, e as poucas escolas existentes têm infraestrutura precária. Nenhum governo quer assumir a responsabilidade da Educação Escolar Indígena.<sup>61</sup>

Porém, se formos comparar Mato Grosso do Sul com outros Estados, entre 1999 a 2005, verifica-se que o número de estabelecimentos escolares indígenas diminuiu ao invés de aumentar, havendo uma inversão do que ocorreu em outras localidades da Federação, caso comprovado no documento intitulado “Estatísticas sobre a Educação Escolar Indígena no Brasil do Inep/MEC”, em que consta que Mato Grosso do Sul possuía 63 escolas em 1999 e passou a ter 32 em 2004. Somente em 2005, passa a crescer o número de estabelecimento, contando, nesse ano, com 46 escolas, contabilizando 662 professores, 1.001 matrículas na Educação Infantil, 11.937 no Ensino Fundamental em 8 anos, 642 no Ensino Fundamental em 9 anos e 453 matrículas no Ensino Médio<sup>62</sup>, tendo novo aumento nos anos seguintes, com 49 escolas em 2006 e 55 estabelecimentos de ensino em 2008.<sup>63</sup>

Importante frisar, no entanto, que é na região Centro-Oeste que se encontra o maior número de escolas em que as aulas são ministradas em português e em uma outra língua indígena, das quais as mais faladas são o Ticuna entre os Tikúna e o Guaraní (tupi-guaraní) entre os Guaraní e os Kaiowá<sup>64</sup>, mesmo assim ainda faltam salas de aula, professores com formação específica para atender à demanda, sobretudo na região do cone sul, onde se encontram os Guaraní e os Kaiowá, fato este que ensejou em 2014 uma Ação Civil Pública do Ministério Público Federal contra a prefeitura de Dourados<sup>65</sup>, alegando que “[...] as escolas indígenas não atendem à demanda na cidade, de forma que as salas de aula estão superlotadas e cerca de 600 crianças estão fora da escola.”<sup>66</sup>

---

recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação dessa Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

61 HARA, Joaquim Adiala. Educação Escolar Indígena em Mato Grosso do Sul – Desafios e conquistas. Disponível em: <<http://fetems2.org.br/fetems/site/Utilidades/view/noticia:32/categoria:/search/menu:5/submenu:3>>. Acesso em: 10 de mai. de 2016.

62 BRASIL. Estatísticas sobre Educação Escolar Indígena no Brasil. Brasília- DF: Inep/MEC, 2007, p. 24 e 30. Disponível em: <[www.oei.es/quipu/brasil/estadisticas/educ\\_indigena2007\\_1.pdf](http://www.oei.es/quipu/brasil/estadisticas/educ_indigena2007_1.pdf)>. Acesso: 19 de mai. de 2016.

63 BRASIL. Um Olhar sobre a Educação Indígena Com Base no Censo Escolar de 2008. Estudo realizado a partir dos resultados do Censo Escolar da Educação Básica. Brasília: Ministério da Educação/Inep, 2009, p. 25. Disponível em: <[www.consed.org.br/media/download/54b662f7025ff.pdf](http://www.consed.org.br/media/download/54b662f7025ff.pdf)>. Acesso em: 19 de mai. de 2016.

64 BRASIL. Um Olhar sobre a Educação Indígena Com Base no Censo Escolar de 2008. Estudo realizado a partir dos resultados do Censo Escolar da Educação Básica. Brasília: Ministério da Educação/Inep, 2009, p. 25. Disponível em: <[www.consed.org.br/media/download/54b662f7025ff.pdf](http://www.consed.org.br/media/download/54b662f7025ff.pdf)>. Acesso em: 19 de mai. de 2016, p. 11-12.

65 Ação Civil Pública nº 002958-82.2014.03.6002, em trâmite na 1ª Vara Federal de Dourados/MS.

66 UOL. Justiça obriga prefeitura a construir salas de aula para indígenas em MS. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2014/11/28/justica-obriga-prefeitura-a-construir-salas-de-aula-para-indigenas-em-ms.htm>>. Acesso em: 21 de mai. de 2016.

A verdade é que não são poucos os desafios para que haja uma ampliação não apenas na quantidade de escolas indígenas, mas também da qualidade, tendo em vista que parcela das crianças e jovens indígenas da educação básica segue, posteriormente, para o ensino superior.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, percebe-se, nitidamente, que, apesar do aumento de matrículas efetuadas no sistema público de ensino e da atuação do Estado do Mato Grosso do Sul, faz-se necessário aperfeiçoar a política pública de educação escolar indígena, colocando em prática os desejos e necessidades educacionais voltadas para as comunidades indígenas.

Desse modo, a participação de professores indígenas e das comunidades Guarani e Kaiowá, à luz do que prega a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, poderá não somente contribuir para sanar os problemas de demandas em certas fases do ensino, como ao mesmo tempo melhorar a qualidade do que é ofertado sem deixar de lado as peculiaridades da língua tupi-guarani com seus valores, crenças e tradições.

Para tanto, apesar do Estado do Mato Grosso do Sul ter seguido as mudanças legais ocorridas no cenário nacional desde a década de 1990, não há como negar a necessidade de um maior empenho dos Poderes públicos estaduais e municipais e dos interessados diretos e indiretos na criação e efetivação de um maior número de escolas indígenas com perfil multicultural e bilíngue, devendo, inclusive, haver propostas fortes e reais para alterar tal realidade.

Não obstante, há, ainda, que cogitar a viabilização de medidas que transformem, mesmo que gradativamente, a maneira de pensar da população brasileira e sul-mato-grossense, que, ainda, compreendem a questão indígena com desconfiança e rechaço, o que mitiga um debate mais amplo e profundo sobre qualquer matéria que se refira às distintas etnias existentes no Estado, mesmo se tratando de um assunto educacional.

Assim, com tais mudanças poderá ser possível ter como resultado uma política pública de educação escolar indígena cada vez mais inclusiva, em que o índio não será apenas um “cidadão” entre os demais cidadãos nacionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 29 de abr. de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Lei Nacional de Diretrizes e Bases (LDB).

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas – RCNEI. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002078.pdf>>. Acesso em: 30 de abr. de 2016. p. 24-25

\_\_\_\_\_. Lei 10.172 de 09 de janeiro de 2001 sobre Educação indígena no Plano Nacional de Educação. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm)>. Acesso em: 30 de abr. de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014 sobre o Plano Nacional de Educação. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>>. Acesso em: 20 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Conselho Nacional da Educação. Câmara Nacional de Educação Básica. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação e Cultura (MEC). Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=15548-d-c-n-educacao-basica-nova-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15548-d-c-n-educacao-basica-nova-pdf&Itemid=30192)>. Acesso em 26 de mar de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação e Cultura (MEC). Plano nacional de Educação – PNE – Educação Indígena, 2010. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/pne.pdf>>. Acesso em: 12 de mai. De 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Cenário Contemporâneo da Educação Escolar Indígena. Relator: Conselheiro Gersem José dos Santos Luciano. Brasília, 2007.

\_\_\_\_\_. Estatísticas sobre Educação Escolar Indígena no Brasil. Brasília- DF: Inep/MEC, 2007. Disponível em: <[www.oei.es/quipu/brasil/estadisticas/educ\\_indigena2007\\_1.pdf](http://www.oei.es/quipu/brasil/estadisticas/educ_indigena2007_1.pdf)>. Acesso em: 19 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_. Um Olhar sobre a Educação Indígena Com Base no Censo Escolar de 2008. Estudo realizado a partir dos resultados do Censo Escolar da Educação Básica. Brasília: Ministério da Educação/Inep, 2009. Disponível em: <[www.consed.org.br/media/download/54b662f7025ff.pdf](http://www.consed.org.br/media/download/54b662f7025ff.pdf)>. Acesso em: 19 de mai. de 2016.

BRASIL. Analfabetismo. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomas>>. Acesso em: 23 mar. de 2016.

Brasil tem quase 900 mil índios de 305 etnias e 274 idiomas. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomasb>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico (org). São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLARES, Anselmo Alencar. Reflexões em torno da escola indígena diferenciada na Amazônia brasileira. UFOPA/Brasil. Disponível em: <[http://www.anpae.org.br/IBERO\\_AMERICANO\\_IV/GT3/GT3\\_Relato/AnselmoColares\\_](http://www.anpae.org.br/IBERO_AMERICANO_IV/GT3/GT3_Relato/AnselmoColares_GT3_integral.pdf)

[GT3\\_integral.pdf](http://www.anpae.org.br/IBERO_AMERICANO_IV/GT3/GT3_Relato/AnselmoColares_GT3_integral.pdf)>. Acesso em: 11 de mai. de 2016.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil. História, Direitos e Cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012. Disponível em: <<http://www.companhiadasletras.com.br/trechos/35025.pdf>>. Acesso em: 12 de dez. de 2016.

Dourados News. Governo amplia educação indígena em Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<http://www.douradosnews.com.br/arquivo/governo-amplia-educacao-indigena-em-mato-grosso-do-sul-672ee-0009fada2e9cbb7ad431fe905e9>>. Acesso em: 15 de mai. de 2016.

GRÜNBERG, Friedl Paz. Reflexões sobre a situação dos Guarani no Mato Grosso do Sul, Brasil. Disponível em: <<http://www.guarani.roguata.com/sites/default/files/text/file/uid110/gruenberg-reflexoes-2002.pdf>>. Acesso em: 14 de mai. de 2016.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. Do nacional ao local, do federal ao estadual: as leis e a Educação Escolar Indígena In: Pannel 5 Legislação Escolar Indígena, p. 132. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/vol4c.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

Guarani Retã. Povos Guarani na Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai, 2008. Disponível em: <[http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/caderno\\_guarani\\_%20portugues.pdf](http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/caderno_guarani_%20portugues.pdf)>. Acesso em: 14 de mai. de 2016.

HARA, Joaquim Adiala. Educação Escolar Indígena em Mato Grosso do Sul – Desafios e conquistas. Disponível em: <<http://fetems2.org.br/fetems/site/Utilidades/view/noticia:32/categoria:/search/menu:5/submenu:35>>. Acesso em: 10 de mai. de 2016.

HENRIQUES, Ricardo. GESTEIRA, Kleber. GRILLO, Susana. CHAMUSCA, Adelaide (Orgs). Cadernos Secad 3. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Educação Escolar Indígena: diversidade sociocultural indígena ressignificando a escola. Brasília/DF, abril de 2007

MATO GROSSO DO SUL. Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://www.al.ms.gov.br/LinkClick.aspx?fileticket=vY9Gt9a1ypw%3D&tabid=220>> Acesso em: 29 de abr. de 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Estadual de Educação, p. 2 Disponível em: <<http://www.cee.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/84/2015/08/indica%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-38.pdf>>. Acesso em: 12 de mai. De 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto Estadual nº 10.734, de 18 de abril de 2002. Cria a categoria de Escola Indígena, no âmbito da Educação Básica, no Sistema Estadual de Ensino do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências.

MUSEU DAS CULTURAS DOM BOSCO – Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<http://www.mcdb.org.br/materias.php?subcategoriaId=23>>. Acesso em 21 de abr. de 2016.

NASCIMENTO, Adir Casaro. VIEIRA. Carlos Magno Naglis. A Escola Indígena Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul: experiência emancipatória de educação indígena. Disponível em: <[http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300889820\\_ARQUIVO\\_AnpuhNacional.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300889820_ARQUIVO_AnpuhNacional.pdf)>. Acesso em: 12 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_. Currículo, Interculturalidade e Educação Indígena Guarani/Kaiowá. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwiF37GQ1ZbNAhUJYyYKHb1ABYIQFggxMAM&url=http%3A%2F%2F28reuniao.anped.org.br%2Ftextos%2Fgt12%2Fgt12680int.rtf&usq=AFQjCNGFUCHVNIppQIQc7q80bA9uJS4-Hw&sig2=Agsp-amS1jr2bAsPesWUfw>>. Acesso em: 02 de jun. de 2016.

OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 de 1989. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/convencao-169-e-o-instrumento-para-inclusao-social-dos-povos-indigenas>> Acesso em: 12 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 107 de 1957. Disponível em: <[www.oas.org/dil/port/1957%20Convenção%20sobre%20Povos%20e%20Tribais.%20\(Convenção%20OIT%20n%20%20107\).pdf](http://www.oas.org/dil/port/1957%20Convenção%20sobre%20Povos%20e%20Tribais.%20(Convenção%20OIT%20n%20%20107).pdf)> Acesso em: 12 de mai. de 2016.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. Do índio ao bugre: o processo de assimilação dos Terena. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 12 de mai. de 2016

RIBEIRO, Hécio. Constituição, Participação e Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma M. O direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSSATO, Veronice Lovato. Os resultados da escolarização entre os kaiowá e guarani em Mato Grosso do Sul – “Será o letrado ainda um dos nossos?”. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação – Mestrado em Educação da Universidade Católica Dom Bosco, 2002.

\_\_\_\_\_. Educação Infantil entre os Kaiowá e Guarani em Mato Grosso do Sul e Suas implicações no *Ava Reko*. Disponível em: < <https://infanciaindigena.files.wordpress.com/2014/10/educac3a7ao-infantil-entre-os-kaiowc3a1-e-guarani-em-mato-grosso-do-sul-e-suas-implicac3a7c3b5es-no-ava-reko-veronice-rossato.pdf> >. Acesso em: 01 de nov. de 2016.

SOUZA, Ilda de. Povos Indígenas e o Tema da Diversidade Linguística In: URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera (Org.) Cultura e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul. Campo Grande, MS: UFMS, 2013, p. 88.

TASSINARI, Antonella Maria I. GOBBI, Izabel. Políticas públicas e educação para indígenas e sobre indígenas. Educação Revista do Centro de Educação. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009, p. 95-112.

UOL. Justiça obriga prefeitura a construir salas de aula para indígenas em MS. Disponível em:<<http://educacao.uol.com.br/noticias/2014/11/28/justica-obriga-prefeitura-a-construir-salas-de-aula-para-indigenas-em-ms.htm>>. Acesso em: 21 de mai. de 2016.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Estado e religião. O direito constitucional brasileiro e o cristianismo: inventário de possibilidades especulativas, históricas e instrumentais**

**State and religion: brazilian constitutional law and christianism: a survey of speculative, historical and instrumental possibilities**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy,

Patrícia Perrone Campos Mello

# Estado e religião. O direito constitucional brasileiro e o cristianismo: inventário de possibilidades especulativas, históricas e instrumentais\*

## State and religion: brazilian constitutional law and christianism: a survey of speculative, historical and instrumental possibilities

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy\*\*

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*\*

### RESUMO

O ensaio aproxima Estado e Religião com o objetivo de indicar possibilidades de pesquisa nesse campo interdisciplinar. O Direito Constitucional e o Cristianismo compõem o quadro no qual a discussão se desdobra. Uma seção especulativa explora as semelhanças e diferenças entre Direito e Religião. Uma seção histórica explora a trajetória do cristianismo no Brasil. A opção pelo cristianismo decorre tão somente da necessidade de limitação da área da pesquisa. Uma seção instrumental explora a jurisprudência construída em torno das relações institucionais entre Estado e Religião, isto é, problemas de Direito Constitucional em face de organizações eclesiais e de seus adeptos.

**Palavras-chave:** Estado e Religião. Possibilidades de Pesquisa. Semelhanças e Diferenças. O cristianismo no Brasil. Relações institucionais. Jurisprudência.

### ABSTRACT

The paper approaches Law and Religion with the aim of nominating possibilities of research in this interdisciplinary realm. Constitutional Law and Christianity are a framework in which the discussion unfolds. A speculative section explores the similarities and differences between Law and Religion. An historical section explores the path of Christianity in Brazil. The option by Christianity was taken only due to the necessity of a limitation in the scope of the research. An instrumental section explores the legal opinions one has as to institutional relations between Law and Religion, that is, Constitutional Law problems in the face of ecclesiastical organizations and its members.

**Keywords:** State and Religion. Possibilities of research. Similarities and differences. Christianity in Brazil. Institutional relations. Legal opinions.

\* Recebido em 30/11/2016  
Aprovado em 11/12/2016

\*\* Arnaldo Godoy é Doutor e Livre-Docente em Direito e Procurador da Fazenda Nacional. Patrícia P. Moisés é Doutora em Direito e Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Os dois lecionam no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Emails: asmgodoy@gmail.com e patriciaperrone@uol.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

As relações entre Estado e Religião qualificam-se por vários pontos de convergência e de semelhança, temperados e impugnados por também vários outros temas de divergência e de dissemelhança. Do ponto de vista substancialmente institucional, Estado e Religião aproximam-se na medida em que compartilham uma origem de algum modo comum<sup>1</sup>. Essa premissa pode ser constatada no contexto do estudo do direito público romano, ambiente histórico e normativo no qual a figura do sacerdote confundia-se com a do magistrado<sup>2</sup>, isto é, no mundo romano teria havido pouca nitidez nas separações entre funções sacerdotais e jurisdicionais<sup>3</sup>. Além do que, “*o Império Romano, sempre dependente do apelo ao transcendente, adotou uma nova religião*”<sup>4</sup>, o cristianismo, provocando uma definitiva aproximação entre duas instâncias da experiência humana que o tema da laicidade enfrenta com dificuldade.

Com a separação entre essas instâncias, Direito e Religião, a Teoria do Estado vai se revelar como uma teologia secularizada, na qual o Deus onipotente seria substituído por um legislador todo-poderoso; isto é, no limite, a jurisprudência socorreria ao Direito como o milagre se aproximaria da Teologia<sup>5</sup>. Refiro-me ao contexto da tradição europeia e ocidental, especialmente no mundo dito moderno<sup>6</sup>, no qual as burocracias jurídicas e eclesiásticas se aproximam. O conceito de “hierarquia”, recorrente no Direito e na Religião, “[...] obra de um apócrifo, cujo gesto é uma das mistificações mais tenazes da história da literatura cristã e ainda espera para ser revelado”<sup>7</sup>, pode ser dessa origem comum uma pista significante. A organização grupal dos adeptos religiosos, origem da disciplina no campo eclesiástico<sup>8</sup>, também, de alguma forma, se parece com a organização grupal dos grupos políticos, origem da disciplina no campo jurídico, também conhecida nos povos primitivos que desconheciam a escrita<sup>9</sup>.

Registre-se, também, um recorrente apelo do Direito para tentativas de aproximação com outros campos epistêmicos, a exemplo da Literatura<sup>10</sup> e da Economia<sup>11</sup>. É o tema do *Direito e alguma coisa*, e agora, *Direito e Religião*, com variáveis de problemas, no presente ensaio divididos em possibilidades especulativas, históricas e instrumentais. Especialmente, na seção instrumental, na qual há inventário de jurisprudência, o ensaio concentra-se em problemas brasileiros, ainda que não desconhecendo a farta produção pretoriana que há,

1 MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law*. London: Kessinger Publishing, 1861; COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga*: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e Roma. Tradução: Jonas Camargo Leite, Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975; GLOTZ, Gustave. *La Cité Grecque*. Paris: Albin Michel, 1988; GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução: A. M. Hespanha, L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

2 Cf. BRETONNE, Mario. *Storia del Diritto Romano*. Roma: Laterza, 1995. p. 107 e ss.

3 Cf. MOMMSEN, Theodor. *Disegno del Diritto Pubblico Romano*. Tradução: P. Bonfante. Milano: CELUC, 1973. p. 119 e ss.

4 MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa - entre o Teísmo e o (neo) Ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

5 SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

6 HESAPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia - Síntese se um Milênio*. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003; SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa - da Idade Média à Idade Contemporânea*. Tradução: Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

7 AGAMBEM, Giorgio. *O Reino e a Glória*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 169.

8 Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 1. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000. p. 106.

9 Cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução: A. M. Hespanha, L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p. 31.

10 POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

11 POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983; POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

por exemplo, nos Estados Unidos<sup>12</sup>, na Inglaterra<sup>13</sup>, na França<sup>14</sup> e na Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>15</sup>.

Uma tentativa de limitação de abrangência temática restringe a pesquisa ao contexto das manifestações do cristianismo no Brasil, em várias denominações, organizadas, sistematicamente, como comunidades eclesíásticas ou não, a exemplo de discussões de fundo constitucional em torno da Igreja Católica (entre outros, em casos com a Mitra Arquidiocesana de São Paulo), de segmentos católicos (ilustrados com o grupo Tradição, Família e Propriedade - TFP), de denominações reformadas tradicionais (a exemplo da Igreja Presbiteriana), bem como com denominações pentecostais clássicas (Assembleia de Deus, Congregação Cristã no Brasil), da chamada *segunda onda* (a Evangelho Quadrangular, entre outros) e, especialmente, da chamada *novíssima onda*, a exemplo da Igreja Universal do Reino de Deus.

Em primeiro momento, essencialmente especulativo, o ensaio explora conjunto de semelhanças que reputa haver entre os campos do Direito e da Religião. Há foco na eleição de textos canônicos, de um referencial hermenêutico mais ou menos comum, de uma percepção de hierarquia, de uma concepção de Estado Constitucional informado por uma Ética Cristã, do próprio conceito de Constituição enquanto um pacto, além da dupla apropriação de uma Teoria da Justiça que radica no ambiente comum do jusnaturalismo.

Há preocupação, também, com modelos convergentes de composição de verdade formal, dos quais os julgamentos de Jesus Cristo e do Apóstolo Paulo seriam indicativos históricos recorrentes. E, ainda, os rituais do Tribunal da Santa Inquisição - - que também funcionaram no Brasil - - e que propiciam o compartilhamento de um vocabulário e de arranjos institucionais muito próximos a práticas de direito processual penal, a exemplo do modelo inquisitorial.

A seção especulativa do ensaio explora um imaginário conjunto de dissemelhanças entre Direito e Religião, a propósito da ambiguidade entre os ambientes secular e clerical, das bases de aceitação, dos fundamentos de referência, de pontos de observação e, principalmente, das referências da laicidade. Nesse contexto, as conexões se dão prioritariamente entre Direito e Teologia.

A segunda seção do ensaio enfatiza alguns referenciais históricos, centrados no catolicismo que marcou a colonização portuguesa, o superveniente pluralismo cristão brasileiro, alguns pontos de nosso pensamento em relação à religião (com rápidas referências ao Padre Antônio Vieira, a Tobias Barreto e a Rui Barbosa), bem como as relações entre Direito e Religião ao longo de nossos textos constitucionais e das decorrentes doutrinas constitucionalistas.

A última seção trata de um contexto instrumental, mencionando (sem necessariamente problematizar) uma agenda jurisprudencial que implica temas de relações institucionais e de poder de polícia, e que tem no Direito Constitucional o ponto de inflexão comum. Ainda que discussões em torno de religiões afro-brasileiras sejam também recursivas<sup>16</sup>, em vários casos, também, de difícil solução<sup>17</sup>, a pesquisa optou pela

12 Especialmente, os casos Reynolds v. United States, 98 U.S. (1878). Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S., 457 (1892). Pierce, Governor of Oregon, v. Society of Sisters, 268 U.S., 510, (1925). United States v. Schwimmer, 279 U.S., 644, (1929). Hamilton v. Regents of the University of California, 293 U.S., 245, (1934). Schneider v. State of New Jersey, 308 U.S., 147 (1939). Cantwell v. Connecticut, 310 U.S., 296 (1940). Cox v. New Hampshire, 312 U.S., 569 (1941). Jones v. City of Opelika, 316 U.S. 584, (1942). Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105, (1943).

13 Entre outros, questões de indenização por abuso de crianças, a exemplo de *The Catholic Child Welfare Society*, UKSC 56, UK Supreme Court, julgamento em 21 de novembro de 2012.

14 Em ambiente francês, há periódica casuística centrada em vedação de símbolos religiosos, a exemplo da burca, o que resulta em inegável ambiente de hostilidade à religião muçulmana. A matéria é frequentemente tratada no Conselho de Estado, sobretudo em tema de laicidade de ensino, como registrado na seção de 27 de novembro de 1989, *Laïcité de l'enseignement (foulardislamique)*, conferir GAUDEMET, Y., 2008, pp. 197 e ss.

15 Conferir publicação de síntese, *Overview of the Court's case-law on freedom of religion*, European Courts of Human Rights, 31 de outubro de 2013. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 1 mar. 2016.

16 Entre outras, discussões em torno da prática de cultos africanos e perturbação do sossego alheio, no contexto do controle de barulho em face do direito constitucional de liberdade religiosa, a exemplo do julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJ-RS, Recurso Cível n. 71004719720, Primeira Turma Recursal Cível, Relator Roberto Carvalho Fraga, julgado 25 nov. 2014.

17 Ilustro a assertiva com a discussão em torno de ação de inconstitucionalidade em face de lei estadual que tratou da deposição

delimitação em torno de questões afetas à prática do cristianismo no Brasil. Além do que, o ensaio não alcança todo o campo de problemas que há entre Direito e Religião no plano do Direito Constitucional. O ensaio não se ocupa do vastíssimo campo de relações tributárias, de imunidade parlamentar, de liberdade de opinião, de consciência, de relações de trabalho, de abuso de poder religioso em matéria eleitoral e de programas e práticas de ensino. Na seção instrumental os casos apresentados emblematicamente procuram explorar os limites, as convergências e os estranhamentos entre a jurisdição secular e os problemas de fundo religioso e eclesiástico. O Direito Constitucional é explorado no contexto das relações entre organizações estatais e organizações religiosas.

O ensaio avalia as características comuns, ou incomuns, entre Estado e Religião, no Direito Constitucional brasileiro, na conjuntura de vários matizes do cristianismo, de especulação, de história e de jurisprudência, objetivando oferecer um inventário de possibilidades de explorações doutrinárias e acadêmicas a orientar uma agenda futura nesse interessante campo interdisciplinar.

## 2. CONTEXTO ESPECULATIVO

Direito e Religião compartilham problemas e arranjos comuns. Centram-se em textos “canônicos”, de referência constante, fundantes, de inspiração no mais das vezes literal, em torno e a partir dos quais se pausatam, respectivamente, as vidas do cidadão e do fiel. O direito brasileiro (contemporâneo, bem entendido) assenta-se em um texto constitucional, dotado de absoluta força normativa<sup>18</sup>, com princípios estruturantes<sup>19</sup>, ensejador de uma dogmática transformadora<sup>20</sup>, de fortíssima feição também simbólica e mitológica<sup>21</sup>. Desse entorno irradia um discurso entusiástico e otimista, pretensamente emancipador<sup>22</sup>, dirigente<sup>23</sup> e ubíquo<sup>24</sup>.

No ambiente religioso, de um modo mais abrangente, o apego para com os textos bíblicos identifica um ponto de partida fixado em texto escrito. Ampla literatura dá conta da construção de textos reputados como de valor indiscutível, canônicos, tanto no Antigo<sup>25</sup> como no Novo Testamento<sup>26</sup>.

Com alguma variação de pormenor, a Bíblia Católica conta com 73 livros, 46 no Antigo Testamento e 27 no Novo Testamento, a Bíblia Protestante conta com 66 livros, 39 no Antigo Testamento e 27 no Novo Testamento, tem-se conjunto de escritos de abrangente influência em toda a literatura ocidental<sup>27</sup>, inspiradora de uma arte que se identifica em seus símbolos, referências, identidades e alusões<sup>28</sup>; inegável que a tradição cultural ocidental seja, na essência, também um conjunto de alusões construído em torno do Antigo e do Novo Testamento.

---

de animais mortos utilizados em cultos de umbanda. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJ-RS, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 70024938946 RS (TJ-RS), DJ, 30 abr. 2009.

18 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

19 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 345 e ss.

20 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

21 NADAL, Fábio. *A Constituição como mito - o mito como discurso legitimador da Constituição*. São Paulo: Editora Método, 2006.

22 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

23 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

24 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

25 SELLIN, E.; FOHRER, G. *Introdução ao Antigo Testamento*. Tradução: D. Mateus Rocha. São Paulo: Academia Cristã, Paulus, 2012; SELLIN, E.; FOHRER, G. *Introdução ao Antigo Testamento*. Tradução: D. Mateus Rocha. São Paulo: Academia Cristã, Paulus, 2012.

26 GUNDRY, Robert H. *Panorama do Novo Testamento*. Tradução: João Marques Bentes. São Paulo: Vida Nova, 1999.

27 Cf. FRYE, Northrop. *O Código dos Códigos: a Bíblia e a Literatura*. Tradução: Flávio Aguiar. São Paulo: Boitempo, 2014.

28 ALTER, Robert; KERMODE, Frank. *Guia Literário da Bíblia*. Tradução: Gilson César de Souza. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

Direito e Religião, também, dividem preocupações interpretativas comuns, justamente porque são campos epistêmicos que se desdobram a partir de textos escritos. Por exemplo, o assunto da livre interpretação da Bíblia, encontrado nas teologias reformadas alemã<sup>29</sup> e calvinista<sup>30</sup> depara, de algum modo, com uma semelhança com o tema da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, que define um modelo de interpretação pluralista e procedimental do texto constitucional<sup>31</sup>. E se os reformadores pretendiam desqualificar a interpretação única e exclusiva das autoridades da Igreja de Roma, há, também, doutrina constitucional que sustenta que os direitos seriam melhor garantidos na medida em que definidos por atores que não fossem exatamente centrados no Judiciário, especialmente, numa corte constitucional com poderes reais de criação de direito não discutido na arena política<sup>32</sup>.

A interpretação bíblica, no entanto, qualifica-se por algumas características que o texto constitucional contemporâneo naturalmente não alcança. De fato, a tese da infalibilidade das Escrituras não conta com ideia congênere entre os intérpretes da Constituição, texto recorrentemente alterado, formalmente (emendas) e informalmente (é o tema da mutação constitucional). Por outro lado, há antinomias na Constituição, do mesmo modo que há, também, inexatidões nos textos bíblicos, constatações empíricas que não desqualificam ou desafiam a autoridade desses textos. Além de variações entre as diversas traduções bíblicas, há discrepâncias, por exemplo, nas várias genealogias do Antigo Testamento, com parentescos estranhos e indicativos de coexistências impossíveis<sup>33</sup>.

O problema da tradução das Escrituras, que é, essencialmente, um problema hermenêutico, remete-nos, na origem, ao desejo de um rei egípcio, no sentido de conhecer o Antigo Testamento. Conta-nos um dos *Pais da Igreja* que após a morte de Alexandre, um dos reis Ptolomeus, que vivia no Egito, encarregou 72 homens, versados em hebraico e em grego, para que providenciassem a primeira versão grega do Antigo Testamento; trata-se da *Versão dos Setenta*. O autor cristão aqui lembrado, Agostinho, cheio de entusiasmo, registrou passagem frequentemente lembrada e reproduzida em nossa tradição cultural universal, fixando uma utopia hermenêutica, no sentido de que:

Conta-se que na tradução houve unanimidade tão maravilhosa, tão estupenda e tão plenamente divina, que, havendo-a feito cada um deles em separado (assim quis Ptolomeu provar-lhe a fidelidade), coincidiram de tal modo tanto no sentido como nas palavras, que parecia obra de um tradutor só<sup>34</sup>.

Escritos teológicos percebem duas naturezas na Bíblia: humana e divina; tomando-se como referência aquela primeira, humana, tão somente, deve-se levar em conta que há distanciamentos temporais, contextuais, culturais, linguísticos e autorais<sup>35</sup> que exigem do intérprete cautelas e fórmulas de leitura e de compreensão que não são necessárias na exegese constitucional. Porém, a hermenêutica bíblica, à luz de uma reconstrução histórica de seus vários modelos, contou com trajetória de algum modo parecida com a hermenêutica jurídica. Isto é, as hermenêuticas bíblica e jurídica enfrentaram discussões parecidas, a exemplo dos temas da “morte do autor”, do estruturalismo (há também um estruturalismo bíblico), das teorias da desconstrução, da hermenêutica da suspeita, do pós-modernismo. Pensadores como Gadamer, Derrida, Heidegger e Saussure suscitam discussões no Direito e na Teologia também.

Do ponto de vista hermenêutico, outro ponto importante consiste no fato de que “[...] muitas instituições apresentadas nas Escrituras como diretamente aprovadas ou, pelo menos, não desaprovadas por Deus ou pelos homens por ele

29 LUTERO, Martinho. *Obras Selecionadas* - O Programa da Reforma - Escritos de 1520. Tradução: Martin N. Dreher et al. São Leopoldo, Porto Alegre: Editora Sinodal, Concórdia Editora, 2000. p. 426 e ss.

30 CALVINO, João. *A Instituição da Religião Cristã*. Tradução: Carlos Eduardo de Oliveira et al. São Paulo: Editora da UNESP, 2008. p. 66 e ss.

31 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

32 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

33 Cf. PENNISI, John Louis. *Esboço do Velho Testamento*. São Paulo: Editora da Igreja de Cristo Sudoeste, s.d. p. 9.

34 AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Tradução (latim para o português): Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 355.

35 LOPES, Augustus Nicodemus. *A Bíblia e seus Intérpretes*. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2004.

*inspirados – a poligamia, a escravidão, a vingança de sangue – estão em franca oposição ao sentimento de justiça dos cristãos modernos*<sup>36</sup>. Por isso, a compreensão do distanciamento histórico é importante chave interpretativa para uma exploração dos textos bíblicos; é o caso, entre outros, da aceitação da escravidão:

Na epístola que Paulo escreveu a Filemon a respeito do escravo Onésimo, que fugiu e foi reconduzido ao amo pelo apóstolo, este absolutamente não nega a justiça da instituição [escravidão]; na sua Carta aos Efésios (6, 5-9) até mesmo declarou ser obrigação do escravo para com seu amo um dever sagrado, cujo cumprimento é também um dever para com Deus<sup>37</sup>.

A percepção de hierarquia é, também, outro elemento comum entre Direito e Religião. Quando o Papa Inocêncio III (1198-1216) justificou teologicamente seu poder político, por intermédio do escrito *Sicut universitatis conditor*, subordinando o Estado à Igreja<sup>38</sup>, situação que se incrementava desde a conversão de Constantino (séc. IV d.C.)<sup>39</sup>, desenhou-se, ainda que indiretamente, paralelos entre os poderes clerical e secular, informados por regimes próprios de regras de obediência. A história da teologia política medieval registra a construção da noção de que o chefe político era ao mesmo tempo o chefe religioso, ainda que seus corpos e identidades materiais não se confundissem<sup>40</sup>.

A expressão “hierarquia” radica em dois substantivos gregos, significantes de “sagrado” e de “poder”. Remete-se à ideia de “sagrado”; nesse sentido, etimológico, relações hierárquicas derivam de relações marcadas por determinações não seculares. A hierarquia dos arranjos institucionais do Direito, também, reflete a hierarquia das formulações organizacionais das estruturas eclesíásticas. As concepções discursivas entre organizações jurídicas e eclesíásticas guardam muita semelhança.

Concebe-se a necessidade de um *Governo na Igreja*, ainda na Igreja Católica primitiva<sup>41</sup>, bem como na Igreja Reformada calvinista<sup>42</sup>, a par, naturalmente, de todas as comunidades religiosas de que se tem notícia. O estudo da organização da Igreja Católica nos indica intensa produção normativa fixando fontes de poder, centradas em *Coleções Gregorianas*, nos *Decretos de Graciano*, nas coleções gerais de *Atos Pontifícios*; são atos estruturais, aproximando os conceitos de *clero*, *hierarquia* e *constituição territorial*, de modo que a relação entre o sacerdote e a autoridade eclesíástica se pauta num contexto de absoluta hierarquia<sup>43</sup>, que se reproduziu nas instituições jurídicas, especialmente porque a Filosofia Escolástica (substancialmente cristã) ditou os modos de ensino das primeiras faculdades de Direito na Europa, a partir de Bolonha<sup>44</sup>.

Há exemplos de confluência entre esses dois campos, Direito e Religião, quanto à composição de categorias hierárquicas, porque concretamente normativas. Exemplifico, também, com o vigente Código de Direito Canônico que conta com parte específica que dispõe sobre a estrutura hierárquica da Igreja, tratando do Sumo Pontífice, do Colégio dos Bispos, do Sínodo, dos Cardeais, da Cúria Romana, bem como das várias igrejas e das autoridades nelas constituídas, a exemplo das províncias e regiões eclesíásticas, dos vigários-gerais, dos conselhos pastorais, dos capelães, entre outros assuntos e nichos de poder eclesíástico<sup>45</sup>. Na tradição luterana, por exemplo, a organização da Igreja é, na essência, a formatação de quadros e a captação de ocupantes de estruturas hierárquicas<sup>46</sup>.

36 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 29.

37 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 29.

38 Cf. MCGRATH, Alister. *A Revolução Protestante*. Tradução: Lena Aranha, Regina Aranha. Brasília: Editora Palavra, 2012. p. 24.

39 FRANZEN, August. *Breve História da Igreja*. Tradução: Manuela Ribeiro Sanches. Lisboa: Editorial Presença, 1996. p.70 e ss.

40 Cf. KANTOROWICZ, Ernest H. *Os Dois Corpos do Rei - um estudo sobre Teologia Política Medieval*. Tradução: Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

41 KAUTSKY, Karl. *A Origem do Cristianismo*. Tradução: Luiz Alberto Moniz Bandeira. São Paulo: Civilização Brasileira, 2010. p. 451 e ss.

42 Cf. FERREIRA, Wilson Castro. *Calvino: Vida, Influência e Teologia*. Campinas: Editora Luz para o Caminho, 1985. p. 384.

43 MONS, Maurílio Cesar de Lima. *Introdução à História do Direito Canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

44 Cf. BERMAN, Harold, J. *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1983. p. 85 e ss.

45 Conferir Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II, especialmente Parte II, Seção I e II, Cânones 330-572. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

46 FEBVRE, Lucien. *Martinho Lutero – um destino*. Tradução: Dorothee de Bruchard. São Paulo: Três Estrelas, 2012. p. 256 e ss;

E, também, do ponto de vista discursivo constata-se a semelhança entre a estrutura do texto do Código de Direito Canônico cotejando-se esse livro com os textos normativos compilados e codificados da tradição ocidental. O Livro I do Código de Direito Canônico, por exemplo, dispõe sobre leis eclesiásticas, costumes, decretos gerais, instruções, atos administrativos singulares (decretos, rescritos, privilégios, dispensas) e prescrição. O Livro V trata dos bens temporais da Igreja, o Livro VI dispõe sobre delitos e penas num contexto eclesiástico, o Livro VII trata sobre matéria processual, com ênfase na organização dos juízos e tribunais, nas partes da causa, nas ações e exceções, com as singularidades de juízos contenciosos, inclusive com normas sobre processo penal eclesiástico, e decorrentes aspectos de investigação prévia, de procedimentos e de ações para reparação de danos.

O comentário chamado *exegético*, com base em excertos bíblicos ou com base em excertos de textos constitucionais (e legais) é, também, outro ponto de convergência entre Direito e Religião, especialmente no que se refere ao direito ocidental e à tradição cristã. Na tradição cristã, por exemplo, há exemplos nos comentários que Agostinho anotou sobre a Primeira Epístola de João, ainda no século IV d. C.<sup>47</sup>. Mais contemporaneamente, também como exemplo, porque há farta literatura, os Comentários à Nova Versão Internacional das Escrituras<sup>48</sup>, ou mesmo um Comentário Bíblico dito *Popular*<sup>49</sup>.

No Direito, o estilo exegético é, também, fórmula norte-americana, a exemplo do modelo expositivo e argumentativo dos *Artigos Federalistas*<sup>50</sup>. Esse procedimento discursivo é recorrente no direito brasileiro, em todos os campos, com ampla aceitação editorial. O comentador explora o texto interpretando, fixando diálogos com outras passagens, extraindo sentido e aplicação, também com foco nos aspectos linguísticos, culturais e teleológicos. Há muita semelhança entre os métodos utilizados na Teologia e no Direito, no que se refere à técnica do comentário textual.

A influência do ideário cristão na construção da cultura ocidental, também, deve ser levada em conta, especialmente quando se considera modelos educacionais (a própria ideia de universidade), artísticos (o gótico, a inspiração renascentista, o barroco), as origens do direito internacional (Francisco de Vitória), bem como uma premissa de igualdade de acordo com leis naturais<sup>51</sup>.

É inegável que um conteúdo ético de feição cristã se constitua no pano de fundo de nosso texto constitucional vigente, ainda que o regime laico seja uma de suas características mais emblemáticas. A Constituição brasileira foi promulgada “sob a proteção de Deus”, locução de fortíssimo simbolismo que se conforma com um espaço civilizatório derivado da expansão do catolicismo português, do mesmo modo que o espaço civilizatório norte-americano é indubitavelmente derivado de dilemas do protestantismo inglês. A antinomia entre bandeirantes e pioneiros, entre católicos e protestantes, entre brasileiros e norte-americanos<sup>52</sup>, também, se desdobra em conteúdos éticos sensivelmente distintos, calcados, ou na cordialidade católica<sup>53</sup> ou na obsessão da predestinação calvinista<sup>54</sup>.

No entanto, a essência dessas culturas, ambas ocidentais, radica no ideário cristão. É a tese de Jónatas Machado, para quem “o teísmo judaico-cristão estabelece os axiomas normativos que suportam os valores e princípios do Estado Constitucional”<sup>55</sup>. Para esse constitucionalista que leciona em Coimbra, a origem, o sentido e a relevân-

LESSA, Vicente Themudo. *Lutero*. Rio de Janeiro: Pallas, 1976. p. 181 e ss.

47 AGOSTINHO. *Comentário da Primeira Epístola de São João*. Tradução: Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulinas, 1989.

48 BRUCE, 2009.

49 MAC DONALD, 2010.

50 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

51 Cf. WOODS Jr., Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Tradução: Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2014.

52 MOOG, Vianna. *Bandeirantes e Pioneiros*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

53 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

54 WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Tradução: Talcott Parsons. London, New York: Routledge, 1992.

55 MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa - entre o Teísmo e o (neo) Ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17.

cia da neutralidade religiosa precisam de ser observadas no contexto da herança judaico-cristã, recepcionada pelo constitucionalismo contemporâneo, também receptor de uma religião de civilização concebida com vocação universal<sup>56</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que é um axioma constitucional estruturante, e que se desdobra em consequências jurídicas práticas<sup>57</sup>, recebeu uma nova densidade do cristianismo, “sobretudo durante a Idade Média, depois de S. Tomás e com a poderosa influência escolástica”<sup>58</sup>. Essa relação, entre o cristianismo e o princípio da dignidade da pessoa humana, também é enfatizada por pesquisador brasileiro:

Na primeira fase do cristianismo, quando este havia assumido a condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo. Logo depois, no período inicial da Idade Média, Anício Manlio Severino Boécio, cujo pensamento foi (em parte) posteriormente retomado por São Tomás de Aquino, formulou, para a época, um novo conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional<sup>59</sup>.

Também há uma base comum que aproxima a ética cristã do jusnaturalismo, ainda que, bem entendido, versões supervenientes de direito natural, a exemplo do que se encontra em Hobbes, em Locke, em Rousseau e em Burke, não se associem, direta e familiarmente, com a tradição clássica e com os autores jusnaturalistas cristãos<sup>60</sup>.

Deve-se consignar, do mesmo modo, que há teorias da justiça no Antigo e no Novo Testamento. Com efeito, “no Velho Testamento [...] a justiça está na base, quer na lei de Moisés, quer da sabedoria casuística de Salomão, salientando a necessidade de combinar de forma harmoniosa as dimensões da generalidade e da abstração com a da necessária atenção às especificações materiais e pessoais do caso concreto”<sup>61</sup>. Constata-se uma concepção de “justiça na revelação divina e na moralidade cristã moderna”<sup>62</sup>. Retoma-se discussão em torno das relações entre o Estado e a Igreja, recorrente também nos escritos do Apóstolo Paulo, organizador da Igreja primitiva<sup>63</sup>, bem como na construção de um conceito de justiça que refletiu a moralidade judaica, do qual o profeta Amós seria um dos representantes mais ilustrativos<sup>64</sup>.

O esboço de uma “ideia de justiça nas Sagradas Escrituras” sugere um “caráter transcendental de justiça divina” no sentido de que “um dos elementos mais importantes da religião cristã é a ideia de que a justiça é uma qualidade essencial de Deus [...] como Deus é o absoluto, sua justiça deve ser absoluta, isto é, eterna e imutável”<sup>65</sup>. É um autor jurídico quem realça que há nas Escrituras, também, um antagonismo entre dois princípios fundamentalmente diferentes de justiça, a par de contradições referentes à justiça em situações e casos concretos:

[...] E esse antagonismo existe não apenas entre o Antigo e o Novo Testamento na condição de ensinamentos entre Moisés e Jesus, mas também dentro do Novo Testamento na condição de ensinamentos de Jesus e de Paulo, e, especificamente, dentro do próprio Jesus. Trata-se do antagonismo

56 Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa* - entre o Teísmo e o (neo) Ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

57 Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 51.

58 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 17.

59 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 31.

60 STRAUSS, Leo. *Natural Rights and History*. Chicago, London: University of Chicago Press, 1992.

61 MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa* - entre o Teísmo e o (neo) Ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 53.

62 Kelsen, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 28 e ss.

63 BOSCH, Jordi Sánchez. *Escritos Paulinos*. São Paulo: Editora Ave Maria, 2002; SCHNELLE, Udo. *Paulo - Vida e Pensamento*. Tradução: Monika Ottermann. Santo André: Paulus, Academia Cristã, 2010; KINSEY, Robert S. *With Paul in Greece*. Nashville: The Parthenon Press, 1957.

64 Cf. CORRÊA, Rossini. *Teoria da Justiça no Antigo Testamento*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2015. p. 49.

65 Kelsen, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 28.

ente o princípio da retribuição e o princípio do amor, entre a regra: paga o mal com o mal e o bem com o bem, e a regra: ama o teu inimigo e paga o mal como bem. Em íntima ligação com esse antagonismo estão duas visões totalmente diferentes da relação que existe entre a justiça e o Direito Positivo. Segundo uma, a justiça e o Direito são idênticos, segundo a outra, eles podem estar em conflito<sup>66</sup>.

Assim, e aqui ilustro a questão apenas em relação a um tema de teoria do Direito, o estudo dos textos bíblicos sugere complicações hermenêuticas, o que também é recorrente no estudo de textos normativos seculares, justificando-se essa aproximação conceitual. Pode-se constatar uma teoria da justiça no Antigo Testamento, centrada no princípio da retribuição, princípio que seria rejeitado no contexto de uma teoria da justiça no Novo Testamento, absolutamente refratária às regras de retaliação no Antigo Testamento<sup>67</sup>. Essa tese é refutada por Klaus Grünwaldt, para quem o talião do Antigo Testamento é também uma fórmula que “[...] regula uma compensação justa do dano e procura garantir que o causador não tenha alguma vantagem do dano pelo que é responsável”<sup>68</sup>.

Ainda, uma abordagem do Novo Testamento referente a problemas jurídicos mais característicos suscitaria, entre outros, instigantes discussões em torno do recolhimento de tributos, bem como dos temas da propriedade, da família, do reconhecimento do poder político, do matrimônio, do adultério<sup>69</sup>.

Em tópico de aproximação entre Teologia e Direito Constitucional, pode-se ressaltar também a percepção de “pacto”, de um “contrato” como pano de fundo para o “pacto político”, substrato de justificativa constitucional. Ainda segundo Kelsen:

A ideia de que Deus firmou um contrato com os homens e que, assim como a outra parte desse contrato, está obrigado por ele é muito característica da tendência para racionalizar o que, por sua própria natureza, é irracional – a relação entre Deus e os homens. Por meio desse contrato, Javé assume a obrigação de proteger seu povo, e Israel a de ser fiel a Javé e obedecer a sua lei<sup>70</sup>.

Essa concepção foi percebida por autores que investigaram as influências do protestantismo na construção da tradição jurídica ocidental<sup>71</sup>. Na experiência constitucional norte-americana, há registros do uso da expressão (*compact*), com o sentido evidenciado, como se lê no *May flower Compact*, de 1720, por intermédio do qual puritanos ingleses então na colônia de Virginia fecharam um acordo (*agreement*). Não se trata de uma Constituição em seu sentido contemporâneo, ainda que seja o primeiro documento norte-americano dando conta de que governantes detêm poder apenas por consentimento dos governados<sup>72</sup>.

Evidentemente, não se pode falar de uma *Bíblia no Direito*; pode-se, no entanto, falar-se de um *Direito na Bíblia*<sup>73</sup>, do que se infere possibilidade de exploração do tema *Direito e Literatura Bíblica*. A partir da imensa quantidade de regras jurídicas dispostas no Antigo e no Novo Testamento, constata-se a probabilidade de identificação de vários institutos atuais nesses textos canônicos. Exemplifico com aspectos da vida jurídica e procedimental como citação, pena, sentença, pequenas causas, dolo, culpa, presunção de conhecimento de leis, apropriação indébita, proporcionalidade da reprimenda, homicídio, regras urbanísticas, sucessão, confisco, diplomacia, matrimônio, adultério, corrupção, tombamento, entre tantos outros, tratados com proficiência em literatura recente<sup>74</sup>.

66 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 33.

67 Cf. KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

68 GRÜN WALDT, Klaus. Olho por olho, dente por dente? Tradução: Monika Ottermann. São Paulo: Loyola, 2009. p. 168.

69 Cf. KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

70 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 36.

71 WITTE JR., John. *Law and Protestantism - The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972; BERMAN, Harold J. *Law and Revolution II - The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Traditions*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2003.

72 Cf. UROFSKY, Melvin I.; FINKELMAN, Paul. *Documents of American Constitutional and Legal History*. New York, Oxford: 2008. p. 9.

73 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *O Direito na Bíblia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

74 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *O Direito na Bíblia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010; GARCIA, Gilberto. *O Direito Nosso de Cada Dia*. São Paulo: Editora Vida, 2004.

Há, também, possibilidade de intersecção pedagógica entre Direito e Religião, quanto a aspectos da prática processual, e mais especificamente quanto aos vários modos de busca e produção de verdade. Nesse sentido, os relatos sobre o julgamento de Jesus Cristo oferecem amplo conjunto de incidentes processuais para discussão. Conta-se com um roteiro com personagens emblemáticos (sacerdotes, magistrados, servidores públicos, anciãos, escribas, conselheiros, soldados, além naturalmente do réu), uma sequência procedimental bem definida (prisão, julgamento, flagelação, crucificação), constatando-se um enredo de perversão da justiça<sup>75</sup>, indicativo pretérito de pressão popular para ação judicial definida<sup>76</sup>.

O julgamento de Jesus Cristo pode ser ponto de partida para várias indagações de História do Direito, especialmente quanto aos aspectos da prática judiciária romana e hebraica<sup>77</sup>. Chama-se a atenção para a multiplicação de procedimentos, a ponto de autores considerarem a existência de seis julgamentos<sup>78</sup>, deduzidos de uma conspiração<sup>79</sup>, para alguns preche de ilegalidades<sup>80</sup>, no ambiente no qual os judeus apresentavam à autoridade romana mais uma faceta de suas intermináveis dissensões<sup>81</sup>, disfarçadas na imputação de ofensa às leis romanas<sup>82</sup> porquanto não haveria irregularidade no contexto das leis judaicas, plausíveis de utilização na construção da acusação nesse julgamento singular, talvez com exceção das acusações de blasfêmia<sup>83</sup>.

Ilustrativo, também, o julgamento do Apóstolo Paulo, cujo fato de ser romano ilustra bem as categorias protetivas de fixação de jurisdição na história do direito internacional. Preso em Jerusalém (Atos, 21,17), acusado por ter introduzido um grego no templo (Atos 21, 28), Paulo foi salvo de um linchamento por um comandante romano (Atos, 21, 33). Defendeu-se em hebraico (Atos, 22, 2), lembrou que não poderia ser açoitado porque era cidadão romano (Atos, 22, 25), Paulo também se defendeu no tribunal superior hebraico, o Sinédrio (Atos, 23), impugnando o julgador (Atos, 23, 3), dividindo fariseus e saduceus, explorando as nuances conceituais que os separavam (Atos 23, 6). O governador adiou o julgamento (Atos 24, 22), mas não soltou o acusado, porque temia a opinião pública (Atos, 24, 27). Paulo apelou para César (Atos 28, 11), foi enviado para Roma (Atos 28, 27), onde ficou em prisão domiciliar (Atos, 28, 30-31), aguardando um julgamento cujos passos procedimentais não se conhece; segundo a tradição:

Durante esse período de adiamento, Paulo desfrutou de considerável liberdade como prisioneiro. Embora constantemente agrilhado a um soldado romano e confinado à casa que alugara, Paulo podia receber visitante e qualquer outra espécie de atenção proveniente de seus amigos. A razão dessa lassidão é que ele era cidadão romano contra quem nenhuma acusação fora ainda comprovada<sup>84</sup>.

É, também, impressionante o número de dissemelhanças que há entre o Direito e a Religião. O Direito (brasileiro e contemporâneo, bem entendido) se desdobra em ambiente laico e secular, supostamente indene de influências religiosas, decorrência mesmo da laicidade do Estado, ainda que não se desconheça o papel de grupos de pressão religiosa na construção de agendas legislativas. É o caso, por exemplo, no Parlamento Brasileiro, da *Frente Parlamentar Evangélica* (ou simplesmente *Bancada Evangélica*), notória pela defesa de uma agenda refratária ao direito de minorias, bem como matizada por um movimento de neutralização de conquistas sociais. Em contrapartida, a religião é instância prioritariamente clerical, com instituições administrativas próprias, guardadas as peculiaridades das várias denominações que há.

O Direito centra-se num esforço de racionalização formal e material<sup>85</sup>, enquanto a Religião desdobra-se

75 COHN, Haim. *O Julgamento e a Morte de Jesus*. Tradução: Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

76 ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo, Brasília: Saraiva, IDP, 2012.

77 ALLEN, Steven W. *The Illegal Trial of Christ*. Mesa: Legal Awareness, 2005.

78 Cf. LAWRENCE, John W. *The Six Trials of Jesus*. Grand Rapids: Kregel, 1996.

79 Cf. BOICE, James Montgomery; RYKEN, Philip Graham. *Jesus on Trial*. Phillipsburg: P & R Publishing, 2002.

80 Cf. WINGO, Earle L. *The Illegal Trial of Jesus*. Ontario: Chick Publications, 2009.

81 Cf. WILSON, A. N. *Jesus - Retrato de um Homem*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 253.

82 Cf. ASLAN, Reza. *Zelota - a Vida e a Época de Jesus de Nazaré*. Tradução: Marlene Suano. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

83 Cf. SLOYAN, Gerard S. *Jesus on Trial - A Study of the Gospels*. Minneapolis: Fortress Press, 2006. p. 46.

84 GUNDRY, Robert H. *Panorama do Novo Testamento*. Tradução: João Marques Bentes. São Paulo: Vida Nova, 1999. p. 280.

85 Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 2. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999. p. 100.

no sobrenatural, isto é: “[...] *toda ordem de coisas que ultrapassa o alcance de nosso entendimento: o sobrenatural é o mundo do mistério, do incognoscível, do incompreensível*”<sup>86</sup>, ainda que, no limite, sua atuação seja orientada para “*esse mundo*”<sup>87</sup>; na leitura freudiana, a experiência religiosa cairia na vala comum das “ilusões”<sup>88</sup>.

A base ideológica para aceitação do Direito passa pela construção imaginária de um *contrato social*, ainda que com ampla margem de variações de pormenor<sup>89</sup>. A experiência religiosa desdobra-se no contexto da fé, das doutrinas espiritualistas, na aceitação de que o “mundo não se explica a si mesmo”<sup>90</sup>. O Direito se resolve no plano da imanência, na construção de arranjos práticos, derivados da imaginação institucional<sup>91</sup>; a religião se constrói e se resolve no plano da transcendência<sup>92</sup>.

Ambas as experiências, por consistirem em tentames substancialmente humanos, numa antropologia negativa, suscitam impugnações e refutações; nesse sentido, um judeu excomungado afirmou que os teólogos estavam preocupados em saber “[...] *como extorquir dos Livros Sagrados as suas próprias fantasias e arbitrariedades, corroborando-as com a autoridade divina*”<sup>93</sup>. Há quem entenda que Direito e Religião apenas reproduzam estruturalmente as condições de superestrutura da vida social, por isso, afirma pensador central na cultura ocidental, “[...] *o direito, do mesmo modo que a religião, não tem uma história própria*”<sup>94</sup>.

A objetividade é o ponto de observação do Direito, a subjetividade e a experiência personalíssima são os referenciais da experiência religiosa; essa premissa, no entanto, se dissolve quando avaliamos essas duas instâncias sob a perspectiva da experiência histórica brasileira. É do que se trata em seguida.

### 3. Contexto histórico

A religião cristã foi introduzida no Brasil ao longo da expansão colonial portuguesa. Marcante, importante e decisiva já na expedição de Pedro Álvares Cabral, o braço católico do cristianismo se faz presente no Brasil desde o descobrimento. O Frei Henrique, capelão na frota de Cabral, pregando na chegada dos portugueses, lembrava o sinal da cruz, sob cuja obediência os portugueses viviam<sup>95</sup>.

Bem estruturada e organizada, a Igreja Católica, ainda em meados do século XVI fixou uma diocese em Salvador, sede de um arcebispado; no século XVIII esse arcebispado coordenava seis bispados (Rio, Pernambuco, Maranhão, Pará, Mariana e São Paulo) e duas prelazias (Goiás e Mato Grosso)<sup>96</sup>.

No início da presença do catolicismo no Brasil, e a obra de José de Anchieta é emblemática, enfrentou-se o desafio da catequese do nativo, no sentido de que “*o projeto de transpor para a fala do índio a mensagem católica demandava um esforço de penetrar no imaginário do outro, e este foi o empenho do primeiro apóstolo*”<sup>97</sup>. A Igreja, ainda, sofria os reflexos do cisma grego do século XI e do movimento reformista luterano e calvinista; a presença católica (especialmente jesuítica) fora, entre nós, passo calculado na Contra Reforma. Assim:

86 DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

87 Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 1. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000. p. 279.

88 Cf. FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Tradução: José Octávio de Aguiar Abreu. In: STANDARD BRASILEIRA. *Obras Completas*. v. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 43.

89 HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Tradução: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 91 e ss; HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. Lisboa: Casa da Moeda, s.d. p. 143, ss; LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. In: *Os Pensadores*. Tradução: Anuar Aiex, E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 64 e ss; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 20.

90 CHESTERTON, G. K. Ortodoxia. Tradução: Almiro Pisetta. São Paulo: Mundo Cristão, 2011.

91 UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?*. London, New York: Verso, 1996.

92 ARMSTRONG, Karen. *A History of God*. New York: Balantine Books, 1994.

93 SPINOSA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*. Tradução: Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 114.

94 MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Luís Cláudio de Castro, Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 75.

95 Cf. ABREU, J. Capistrano. Capítulos de História Colonial. Brasília: Edições do Senado Federal, 2006. p. 35.

96 Cf. LACOMBE, Américo Jacobina. A Igreja no Brasil Colonial. In: HOLANDA, Sérgio Buarque (Direção). *História Geral da Civilização Brasileira*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 71.

97 BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 65.

A catequese do indígena aparecera no quadro do extraordinário esforço empreendido pela Igreja para recuperar-se das perdas sofridas com os cismas do Oriente e do Ocidente [...] Trata-se de ganhar para a religião católica, e para a subordinação à Igreja, as populações das áreas há pouco descobertas, integrando estas áreas e suas populações na comunidade cristã obediente ao Papado. São populações em disponibilidade religiosa, passíveis de serem ganhas para o credo romano, uma vez que consideradas idólatras, no conceito do tempo<sup>98</sup>.

Historicamente, as relações entre Estado e Igreja, em nossa cultura, do ponto de vista dos arranjos legais, assentam-se nas Ordenações Filipinas. As Ordenações Filipinas (também denominadas de Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal) foram concluídas em 1595, ano em que foram aprovadas, com vigência a partir de 11 de janeiro de 1603; trata-se da “*vigência a mais duradoura que um monumento legislativo conseguiu em Portugal*”<sup>99</sup>. No Brasil tiveram ampla validade e eficácia, em algumas matérias, a exemplo do Direito Civil, até 1916.

Texto normativo de uma época de crise jurídica, na qual o humanismo atacava o direito romano<sup>100</sup>, “*obra obscura, aqui e ali contraditória*”<sup>101</sup>, as Ordenações Filipinas fomentaram uma deficiência de identidade, na qual não se esclarecia exatamente o que era Igreja e o que era Estado. As relações entre Igreja e Estado, e os problemas jurídicos e arranjos institucionais decorrentes dessas relações, encontravam-se basicamente nos Livros Segundo e Quinto. Esse último tratava de matéria penal, aquele outro abordava mais especificamente problemas de jurisdição, de imunidades, inclusive fiscais, a par de disposições sobre propriedade.

O problema da fixação do regime de competências para julgamento das várias questões, decorrente de conflitos entre as jurisdições civis, penais e eclesiásticas é o ponto inicial do Livro Segundo das Ordenações Filipinas. Explicitava-se em quais casos clérigos e religiosos responderiam perante as justiças seculares. Demandas de interesse de arcebispos, bispos, abades e clérigos em geral, relativas a bens patrimoniais, não pertencentes à Igreja, correriam nas jurisdições civis, onde morassem, exceto se contassem com superiores hierárquicos em Portugal. É que, na inexistência desses superiores hierárquicos no Reino, conforme consignado nas Ordenações, os religiosos deveriam demandar no Vaticano. A remessa dos feitos para as jurisdições ordinárias prevenia eventual impossibilidade de julgamento, em Portugal<sup>102</sup>, o que evidenciava privilégios, em favor de clérigos e da Igreja. Havia regra dispondo que clérigos não poderiam ser publicamente admoestados sem que fossem previamente ouvidos; as penas eclesiásticas de excomunhão e as penas seculares de prisão ou degredo dependiam da defesa prévia dos acusados<sup>103</sup>. Conflitos de competência, opondo as jurisdições comuns e eclesiásticas eram resolvidos pela jurisdição comum<sup>104</sup>. A jurisdição comum colaborava com a jurisdição eclesiástica, entre outros, cumprindo os mandados dos inquiridores<sup>105</sup>.

O recinto das Igrejas detinha imunidade territorial. A Igreja era definida como a construção edificada sob autoridade do Papa ou de qualquer Prelado, “para nela se celebrar o Ofício Divino”. A imunidade, também, não alcançava aqueles que cometessem ou que planejassem crimes nos recintos destinados ao culto<sup>106</sup>. Escravos que fugissem de seus senhores homiziando-se nas Igrejas seriam retirados à força e entregues a seus proprietários<sup>107</sup>. A regra de imunidade não alcançava judeus, muçulmanos ou não cristãos, a menos que se convertessem ao catolicismo. Textualmente, fixou-se no texto das Ordenações, reproduzindo-se com ortografia contemporânea:

98 SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação Histórica do Brasil*. Rio de Janeiro: Graphia, 2002. p. 126.

99 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 289.

100 Cf. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português - Fontes do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 287.

101 CUNHA, Paulo Ferreira da. *História Constitucional do Direito Português*. Almedina: Coimbra, 1995. p. 163.

102 Ordenações Filipinas, Livro II, Título I.

103 Ordenações Filipinas, Livro II, Título I, 13.

104 Ordenações Filipinas, Livro II, Título I, 15.

105 Ordenações Filipinas, Livro II, Título VI.

106 Ordenações Filipinas, Livro II, Título V, 2.

107 Ordenações Filipinas, Livro II, Título V, 6.

E se algum Judeu, ou Mouro, ou outro infiel fugir para a Igreja, acoutando-se a ela, não será por ela defendido, nem gozará de sua imunidade, porque a Igreja não defende os que não vivem debaixo de sua Lei, nem obedecem a seus mandamentos. Porém, se ele se quiser logo tornar Cristão, e de feito for tornado a Santa Fé de nosso Senhor Jesus Cristo, antes que parta da Igreja, poderá gozar da imunidade dela, assim e tão cumpridamente, como se ao tempo, que se acoutou à Igreja, fora já Cristão<sup>108</sup>.

As Igrejas, também, eram alcançadas e beneficiadas por imunidade fiscal; contando com dispensa para recolhimento de vários tributos da época, como dízimas e sisas, incidentes sobre o comércio, bens patrimoniais, moveis ou de raiz, bem como sobre benefícios e rendimentos recebidos<sup>109</sup>. A aquisição de bens imóveis pelas Igrejas, no entanto, dependia de autorização real<sup>110</sup>.

O Livro V das Ordenações Filipinas tratava de matéria penal, contemplando várias normas que tocavam nas relações entre Igreja e Estado, ou mesmo entre membros da Igreja e autoridades estatais. Esse atemorizante Livro principiava especificando as regras aplicáveis aos hereges e apóstatas, dispondo inicialmente que o conhecimento do crime de heresia pertencia principalmente aos juízes eclesiásticos<sup>111</sup>. Feiticeiros eram punidos com pena de morte<sup>112</sup>; de igual modo, sodomitas e praticantes da zoofilia, ainda que a sodomia e a relação sexual com “alimárias” fossem definidas como pecados, e não como crimes<sup>113</sup>. Infere-se desse contexto que inexistiam, do ponto de vista da persecução penal, diferenças entre crime e pecado. Aos olhos do direito da época o pecador era assemelhado ao criminoso.

Penalizavam-se os infiéis que se relacionassem sexualmente com cristãos, bem como cristãos que se relacionassem sexualmente com infiéis; aplicava-se a pena de morte para aqueles que fossem condenados por essa ilicitude<sup>114</sup>. Com a pena de morte penalizava-se, também, quem retirasse freiras retiradas dos mosteiros com o objetivo de seduzi-las, consumando o ato<sup>115</sup>. O adultério era também reprimido com a pena de morte<sup>116</sup>. O marido que flagrasse a mulher em infidelidade poderia matá-la, bem como a quem com ela estivesse, exceto se o marido fosse “peão”, isto é, sem classe social superior definida, e o adúltero “fidalgo”, desembargador ou “pessoa de maior qualidade”<sup>117</sup>. No entanto, se por alguma razão o marido traído matasse alguém de “maior qualidade”, seria apenado com o degredo para África<sup>118</sup>, e não com a pena de morte, que era a aflição aplicada aos homicidas. Às concubinas (*barregãs*, na linguagem da época) era vedado o acesso à Corte<sup>119</sup>. Concubinas de clérigos eram apenadas com multa<sup>120</sup>.

Punia-se quem levantasse espada em Igreja ou procissão com o degredo para o Brasil<sup>121</sup>. Determinava-se o batismo de escravos oriundos da Guiné, penalizando-se com a perda dos referidos escravos proprietários que não os batizassem, em favor de quem instaurasse queixa<sup>122</sup>. Judeus convertidos ao catolicismo (cristãos-novos) eram proibidos de ir para o norte da África ou para o oriente, cuja desobediência custava a perda dos bens<sup>123</sup>.

O monopólio do catolicismo no Brasil Colonial foi, eventualmente, quebrado, a exemplo do que ocorreu durante o período de dominação dos holandeses no Pernambuco, em meados do século XVII quando

108 Ordenações Filipinas, Livro II, Título V, 1.

109 Ordenações Filipinas, Livro II, Título XI.

110 Ordenações Filipinas, Livro II, Título XVIII.

111 Ordenações Filipinas, Livro V, Título I.

112 Ordenações Filipinas, Livro V, Título III.

113 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XIII.

114 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XIV.

115 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XV.

116 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXV.

117 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXVIII.

118 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXVIII.

119 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXVII.

120 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXX.

121 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XL.

122 Ordenações Filipinas, Livro V, Título XCIX.

123 Ordenações Filipinas, Livro V, Título CXI.

se comprovava enfaticamente a tolerância religiosa holandesa, ocasião na qual se verificou “a convivência, no mesmo espaço urbano, por sinal exíguo, do presbitério calvinista, da sinagoga judaica e das igrejas católicas [...]”<sup>124</sup>. Entre missionários católicos contavam-se jesuítas, beneditinos, carmelitas e franciscanos, centrados no trabalho missionário indígena<sup>125</sup>. Em uma carta datada de 30 de setembro de 1626, o Padre Antonio Vieira relatava que a Companhia de Jesus contava no Brasil com 120 padres, 90 sacerdotes, dos quais 31 eram professores e 62 estudantes, divididos em três colégios, seis casas e 13 aldeias anexas às casas e colégios<sup>126</sup>.

A prática do catolicismo entre as famílias abastadas era também uma questão doméstica; nas residências de pessoas muito abastadas havia relicários, com notícias de valorizadas “*lasquinbas da cruz de Cristo*”, e de “*um papelzinho com leite em pó da Virgem Maria*”<sup>127</sup>. A aceitação (e defesa) da escravidão africana fez-se à margem das virtudes cristãs, inclusive com concordância da ação jesuítica<sup>128</sup>.

Entre os jesuítas destacou-se o Padre Antonio Vieira, forte em personalidade e em desejo de ação. De acordo com um historiador de nossa literatura,

Existe um Vieira brasileiro, um Vieira português e um Vieira europeu, e essa riqueza de dimensões deve-se não apenas ao caráter supranacional da Companhia de Jesus que ele tão bem encarnou, como à sua estatura humana em que não me parece exagero reconhecer traços de gênio<sup>129</sup>.

Vieira destacou-se por seus *Sermões* nos quais muitas vezes discutia as relações entre Estado e Igreja. Defensor da igualdade nas imposições fiscais, o que significaria, inclusive, a possibilidade de tributação da Igreja e dos clérigos, bem como de um modelo de extração fiscal justo e moderado, Vieira argumentava dentro dos cânones da expressão retórica barroca, a exemplo do que segue:

O maior jugo de um Reino, a mais pesada carga de uma República, são os imoderados tributos. Se queremos que sejam leves, se queremos que sejam suaves, repartam-se por todos. Não há tributo mais pesado que o da morte, e contudo todos o pagam, e ninguém se queixa; porque é tributo de todos. Se uns homens morreram, e outros não, quem levava em paciência esta rigorosa pensão da mortalidade?<sup>130</sup>.

O Padre Vieira foi processado pela Santa Inquisição, entre outras imputações, pela defesa que fez do Cristãos Novos<sup>131</sup>. Lembrada, negativamente, por seus métodos, que incluía a delação, e formas de tortura, que abrangiam afogamentos (tortura d'água), fogueiras, despedaçamentos, forquilhas e serrotes, a Santa Inquisição vicejou em Portugal, Espanha e Itália, entre os séculos XV e XIX, onde organizou-se em estruturas intermediárias e superiores, que qualificavam uma temida *burocracia inquisitorial*<sup>132</sup> de triste memória.

Orientada para perseguir cristãos-novos<sup>133</sup>, sodomitas e fornicários<sup>134</sup>, bigamos, padres sedutores, feiticeiros, visionários, blasfemadores e impostores<sup>135</sup>, tecnicamente escorada por manuais de inquisidores<sup>136</sup>, a Inquisição intimidava com a teatralização de julgamentos cujo frenesi se dava com os espetáculos de casti-

124 VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados - Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 9.

125 Cf. WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Formação do Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. p. 142.

126 Cf. VIEIRA, Antonio. *Sermões*. São Paulo: HEDRA, 2003. p. 77.

127 MOTT, Luiz. Cotidiano e Vivência Religiosa: entre a Capela e o Calundu. In: NOVAIS, A. (Coord.). *História da Vida Privada no Brasil*. v. 1, São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 192.

128 Cf. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. p. 233.

129 BOSI, Alfredo. *História Concisa da Literatura Brasileira*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 44.

130 VIEIRA, Antonio. *Sermões*. São Paulo: HEDRA, 2003. p. 324.

131 AZEVEDO, J. Lúcio. *História de Antonio Vieira*. Lisboa: Clássica Editora, 1992. p. 38 e ss.

132 Cf. BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições - Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 66.

133 SARAIVA, António José. *Inquisição e Cristão - Novos*. Lisboa: Editorial Estampa, 1985.

134 VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados - Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

135 PIERONI, Geraldo. *Os Excluídos do Reino*. A Inquisição Portuguesa e o Degredo para o Brasil Colônia. Brasília: UnB, 2006.

136 KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras*. Tradução: Paulo Frões. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007; EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Tradução: Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro, Brasília: Rosa dos Tempos, Fundação Universidade de Brasília, 1993.

go<sup>137</sup>, geralmente encenados com a crueldade de fogueiras que queimavam vivos os excluídos. A tortura era o instrumento ordinário de confissão e de obtenção da verdade que se pretendia obter<sup>138</sup>.

No século XIX, e mais especificamente com a Constituição de 1824, o catolicismo passou a ser a religião oficial do Estado brasileiro. O texto constitucional de 1824 fora outorgado “*em nome da Santíssima Trindade*”, dispondo-se no art. 5 que a Igreja Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Império; permitiam-se as demais religiões, conquanto que os respectivos cultos fossem domésticos ou particulares, “*sem forma alguma exterior de Templo*”. Os que não professassem a religião do Estado, isto é, que não eram católicos, não podiam ser nomeados deputados<sup>139</sup>, ainda que, em aberta antinomia, dispunha-se também que todo cidadão poderia ser admitido nos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não fosse a dos seus talentos e virtudes<sup>140</sup>. Essa antinomia resolvia-se na vida real em favor da predileção para o católico, situação denunciada por Rui Barbosa para quem não poderia o cidadão brasileiro ser empregado público, nem eleito pela soberania popular, se antes não fosse “[...] a seu cura receber o bilhete da confissão”<sup>141</sup>.

O comentador da Constituição de 1824, Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, em livro originalmente publicado em 1857, resumiu essa compreensão de época, para a qual era natural a aproximação entre Estado e Igreja:

A religião, o dever sagrado de prestar culto, de adorar o onipotente, o senhor do universo, é o primeiro e o mais justo de todos os deveres; é a lei suprema da criatura inteligente; é o seu humilde tributo ao seu criador. Esse é o princípio primordial de toda justiça, o primeiro fundamento de toda a moral, e também a base das virtudes sociais [...] Precedendo desses princípios, o nosso artigo constitucional começou por declarar que religião católica apostólica romana é, e continuará a ser, a religião do Estado, pois que felizmente ela é a religião, senão de todos, pelo menos da quase totalidade dos brasileiros. Assim o seu culto não só interno, como externo, constitui um dos direitos fundamentais de todos os brasileiros; é a religião nacional, especialmente protegida [...]<sup>142</sup>.

Houve críticas a essa situação ao longo do século XIX, a exemplo da obra de Tobias Barreto, ferrenho opositor do dogma da infalibilidade papal<sup>143</sup>. De igual modo, há as críticas de Rui Barbosa, para quem Estado e Religião deveriam ser separados, afirmando que “*o Estado garante direitos e a Igreja determina crenças*”<sup>144</sup>.

O regime laico preponderou no texto constitucional de 1891, substancialmente influenciado por Rui Barbosa, no qual se dispôs que todos os indivíduos e confissões religiosas poderiam “*exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum*”<sup>145</sup>; reconhecia-se, apenas, o casamento civil<sup>146</sup>, bem como fixava-se a secularidade dos cemitérios, os quais ficariam livres a todos os cultos religiosos, para a prática dos respectivos ritos em relação a seus crentes, desde que não ofendessem a moral pública e as leis<sup>147</sup>. Na Constituição de 1891, não há referências a Deus no preâmbulo.

Determinou-se que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo<sup>148</sup>. A separação entre Estado e Igreja efetivava-se com determinação de que nenhum culto ou Igreja usufruiriam de subvenção

137 MARCOCCI, Giuseppe; PAIVA, José Pedro. *História da Inquisição Portuguesa - 1536-1821*. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2013. p. 261 e ss.

138 GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. Tradução: Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 180.

139 Constituição de 1824, Art. 95, III.

140 Constituição de 1824, Art. 179, XIV.

141 BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Trabalhos Políticos*. v. II, 1872-1874, Tomo II. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987. p. 93.

142 MARQUÊS DE SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 82-83.

143 BARRETO, Tobias. *Obras Completas, Crítica de Religião*. Rio de Janeiro, Sergipe: J. E. Solomon, Editora Diário Oficial, 2012.

144 BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Trabalhos Políticos*. v. II, 1872-1874, Tomo II. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987. p. 92.

145 Constituição de 1891, Art. 72, § 3º.

146 Constituição de 1891, Art. 72, § 4º.

147 Constituição de 1891, Art. 72, § 5º.

148 Constituição de 1891, Art. 72, § 6º.

oficial, e nem teriam relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados<sup>149</sup>. Na percepção do comentador da Constituição de 1891, João Barbalho, em livro publicado, originalmente, em 1902, com atualização ortográfica minha:

O mesmo princípio da igualdade perante a lei veda que o crente, por obedecer a sua crença, se furte ao cumprimento dos deveres cívicos. Ele não é somente crente, membro de uma comunhão religiosa, é também cidadão, parte da comunhão civil e política na qual vive. E se esta lhe ministra proteção e garantias, em indisputável direito de exigir a prestação de certos serviços que o Estado exige e que a ele são indispensáveis. Destarte, a Constituição, estabelecendo um regime de liberdade e igualdade, nem sofre que a religião seja impedimento ou incapacidade para o exercício de quaisquer direitos e funções, na vida civil e política, nem admite que se converta em isenção e privilégio, para dispensa da prestação de deveres cívicos<sup>150</sup>.

A Constituição de 1934 foi promulgada com referência a *confiança em Deus*. Vedava-se que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecessem, subvencionassem ou embaraçassem o exercício de cultos religiosos<sup>151</sup>; proibia-se, também, que as pessoas jurídicas de direito público interno mantivessem relações de aliança ou dependência com qualquer culto ou Igreja, “*sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo*”<sup>152</sup>. Vedava-se a privação de direitos, por motivo de convicção religiosa<sup>153</sup>. Garantia-se a livre realização de cultos religiosos, desde que não contrariassem a ordem pública ou os bons costumes<sup>154</sup>.

O texto constitucional outorgado por Getúlio Vargas em 1937 não invocava Deus em seu preâmbulo. Reiterava-se a secularidade dos cemitérios<sup>155</sup>; o livre exercício da religião era condicionado à observância “*das disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes*”<sup>156</sup>. Araújo Castro, comentador da Constituição de 1937, em livro originalmente publicado em 1938, invocava um acórdão do Supremo Tribunal Federal, datado de 1917, para justificar que a liberdade religiosa não poderia ser empregada para justificar práticas incompatíveis com a ordem pública e a segurança do Estado, fazendo referência às procissões, manifestações de culto externo, sujeitas, portanto, à ação da polícia, “*que, no cumprimento de um dever de assegurar o trânsito público e a ordem pública, tem o incontestável direito de estabelecer o respectivo trajeto, e mesmo o de proibir que elas se realizem em certas ocasiões*”<sup>157</sup>. A Constituição de 1937 traduzia a “*técnica do Estado totalitário a serviço da democracia*”, na emblemática expressão de um de seus maiores entusiastas<sup>158</sup>.

Os constituintes de 1946 retomaram a cláusula preambular “*sob a proteção de Deus*”. Vedava-se que as pessoas jurídicas de direito público interno estabelecessem ou subvencionassem cultos religiosos, que, também, não poderiam sofrer qualquer tipo de embaraço por parte do Estado<sup>159</sup>. Imunizavam-se os templos de qualquer culto, colocados a salvo do lançamento de impostos<sup>160</sup>. Essas linhas gerais foram mantidas na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de nº 1, de 1969; nessa última, o livre exercício dos cultos religiosos fora restrito somente à não contrariedade da ordem pública e aos bons costumes<sup>161</sup>. Essas restrições caíram com a promulgação do texto constitucional de 1988, que dispôs sobre a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, assegurando-se o livre exercício dos cultos religiosos, garantindo-se, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias<sup>162</sup>.

149 Constituição de 1891, Art. 72, § 7º.

150 CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira - Comentários*. Brasília: Senado Federal, 1992 (Edição fac-símile da edição de 1902). p. 334.

151 Constituição de 1934, Art. 17, II.

152 Constituição de 1934, Art. 17, III.

153 Constituição de 1934, Art. 113, 4.

154 Constituição de 1934, Art. 113, 5.

155 Constituição de 1937, Art. 122, 5.

156 Constituição de 1934, Art. 122, 4.

157 Araújo Castro (2003, p. 273)

158 CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2001. p. 29 e ss.

159 Constituição de 1946, Art. 31, II.

160 Constituição de 1946, Art. 31, V, b.

161 Emenda Constitucional de nº 1, Art. 153, § 4º.

162 Constituição de 1988, Art. 5º, VI.

Quanto às demais denominações cristãs e não católicas, observa-se que luteranos, anglicanos e calvinistas, designações do protestantismo tradicional, chegaram no Brasil ainda no século XIX, embora haja registros de calvinistas por ocasiões das invasões francesas e holandesas no nordeste brasileiro. Metodistas (dissidência dos anglicanos, datada de 1730) e Batistas são representantes também do protestantismo tradicional cuja presença entre nós remonta ao século XIX. Um pouco mais tardia é a presença dos Adventistas (uma dissidência que se consolidou em 1843). Entre os grupos pentecostais há registros de membros da Congregação Cristã do Brasil por volta de 1910, da Assembleia de Deus, por volta de 1911 e do Evangelho Quadrangular, vinculado a um grupo norte-americano que chegou ao Brasil em 1940. No espaço neopentecostalista, o Brasil para Cristo é de 1956, a Igreja Deus é Amor é 1961 e a Igreja Universal do Reino de Deus é de 1977. A Igreja das Testemunhas de Jeová nasceu nos Estados Unidos, por volta de 1870.

Há notícias de um pastor norte-americano, Daniel Parish Kidder<sup>163</sup> que a serviço da Sociedade Bíblica viajou pelo Brasil distribuindo bíblias, suscitando polêmicas com as autoridades católicas, inclusive com o Padre Diogo Antonio Feijó. O protestantismo alcançou o Brasil com imigrantes ingleses, alemães, escoceses e norte-americanos, num contexto entusiástico no qual preponderaram nomes como Robert Reid Kalley, Ashbel Green Simonton, Alexander Blackford, Edward Lane, e seus discípulos brasileiros, como José Manuel da Conceição, Modesto Carvalhosa (nascido na Ilha da Madeira) e Álvaro Reis<sup>164</sup>. Um interessante processo de nacionalização, do qual a história do *Mackenzie* é, talvez, sua instância mais expressiva<sup>165</sup>, é indicativo da assimilação do protestantismo tradicional reformado na cultura religiosa brasileira.

Registra-se no contexto neopentecostal brasileiro contemporâneo uma teologia dita da *prosperidade*, originária do neopentecostalismo norte-americano, surgida na década de 1940, que entre outros nomes é conhecida como *Health and Wealth Gospel*<sup>166</sup>. No Brasil, essa concepção de enriquecimento lícito a partir de uma ética do *ut et des*, isto é, é dando que se recebe, matiza denominações como Internacional da Graça, Universal do Reino de Deus, Renascem em Cristo, Sara nossa Terra, entre tantas outras<sup>167</sup>. A teologia da prosperidade parte da premissa de que “[...] os crentes, através da fé, desfrutam dos direitos da cura divina, saúde e sucesso”<sup>168</sup>.

Há amplo conjunto de problemas judiciais que decorrem das relações entre Estado e Igreja, pautados por diversas compreensões sobre a liberdade de crença e o livre exercício dos vários cultos, como se explora em seguida, do ponto de vista do Direito Constitucional, na sessão instrumental do presente ensaio.

#### 4. CONTEXTO INSTRUMENTAL

No início da década de 1920, o Presidente Epitácio Pessoa encaminhou ao então Consultor-Geral da República, Rodrigo Octavio, consulta a propósito da constitucionalidade da construção de um monumento ao Cristo Redentor, no Rio de Janeiro. A laicidade do Estado fora definida pela Constituição de 1891, o que ainda suscitava dúvidas, enfrentadas pelo Consultor-Geral, que opinou pela inconstitucionalidade da iniciativa<sup>169</sup>. O Presidente Epitácio Pessoa não acatou a opinião de Rodrigo Octávio, avançando-se na construção do monumento, que hoje é o referencial iconográfico mais divulgado do Brasil.

Em 1949 o Supremo Tribunal Federal julgou mandado de segurança<sup>170</sup>, relatado por Lafayette de An-

163 LÉONARD, Émile G. *O Protestantismo Brasileiro*. Tradução: Linneu de Camargo Schützer. São Paulo: ASTE, 2002. p. 32.

164 HAHN, Carl Joseph. *História do Culto Protestante no Brasil*. Tradução: Antonio Gouveia Mendonça. São Paulo: ASTE, 1989.

165 MENDES, Marcel. *Tempos de Transição - A Nacionalização do Mackenzie e sua Vinculação Eclesiástica (1957-1973)*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2007.

166 MARIANO, Ricardo. *Neopentecostais - Sociologia do Novo Pentecostalismo Brasileiro*. São Paulo: Loyola, 2010. p. 151.

167 Cf. MARIANO, Ricardo. *Neopentecostais - Sociologia do Novo Pentecostalismo Brasileiro*. São Paulo: Loyola, 2010. p. 157.

168 BLEDSOE, David Allen. *Movimento Neopentecostal Brasileiro - um estudo de caso*. São Paulo: Hagnos, 2012. p. 43.

169 Pareceres da Consultoria-Geral da República. Rodrigo Octávio, parecer 17 jan. 1921.

170 Supremo Tribunal Federal, MS 1114-DF.

drada, no qual há voto vencido de Hahnemann Guimarães, que mais tarde vai se tornar um paradigma para discussões de liberdade religiosa. Essa questão foi, exaustivamente, tratada por autor da biografia e memória jurisprudencial do Ministro Hahnemann<sup>171</sup>. Nesse famoso caso de nossa jurisprudência, um religioso que havia fundado uma igreja denominada de Igreja Católica Apostólica Brasileira do Rio de Janeiro e que fora bispo da Igreja Católica Apostólica Romana, pretendia, por intermédio de mandado de segurança, reconhecimento do direito de realizar cultos em lugares públicos, a par de manter uma escola, atividades que foram vedadas pela polícia do Rio de Janeiro. O impetrante argumentava que as autoridades restringiam seu direito constitucional de livre exercício religioso. Com base em parecer da Consultoria-Geral da República o Presidente da República atendeu a representação do Arcebispo do Rio de Janeiro, que contestou a criação dessa nova igreja; como resultado, proibiu-se a realização de cultos dessa nova associação religiosa, em lugares públicos<sup>172</sup>. O Supremo Tribunal Federal indeferiu a pretensão do chefe dessa nova igreja, contando-se voto vencido do Ministro Hahnemann Guimarães, que entendeu que o poder civil havia infringido, “*frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença, da qual decorren a separação da Igreja e do Estado*”<sup>173</sup>.

Dez anos depois, em recurso extraordinário discutido no Supremo Tribunal Federal, no qual estava em jogo pretensão da Irmandade do Santíssimo Sacramento da Antiga Sé, relativa ao direito de determinar comportamentos dos fiéis. Essas diretrizes foram contestadas pelas autoridades da Igreja Católica<sup>174</sup>. Preponderou, no entanto, o entendimento do Ministro Hahnemann Guimarães, no sentido de que o STF não deveria se manifestar sobre questões de direito canônico, especialmente quanto a problemas de liturgia e de organização interna das entidades religiosas<sup>175</sup>.

Em princípio, historicamente, eram esses os três pontos centrais das relações entre Estado e Igreja no Brasil: a plena separação (parecer de Rodrigo Octávio no caso da estátua do Cristo Redentor), a liberdade de associação (voto de Hahnemann Guimarães no mandado de segurança da Igreja Apostólica Brasileira do Rio de Janeiro) e a limitação de intervenções para com questões de fundo de ordem litúrgica (voto de Hahnemann Guimarães no recurso extraordinário da Irmandade do Santíssimo Sacramento da Antiga Sé).

O conjunto de decisões que segue, em maior ou menor extensão, são variações e flexibilizações desses entendimentos, pelo que, como se verá, o vetor da atenção para com direitos fundamentais orientará um novo padrão decisório.

A fixação de feriados nacionais no contexto da liberdade religiosa é matéria que permite a primeira ancoragem de termos de relacionamento entre Estado e Igreja. Em julgado de 1959, também relatado por Hahnemann Guimarães, o STF assentou que somente à lei municipal era permitido fixar, segundo a tradição local, os feriados religiosos<sup>176</sup>. Essa orientação jurisprudencial revela uma preponderância para aspectos locais, supostamente mais rigorosos na definição de sentimentos de religiosidade, percepção que foi contemplada na Constituição de 1967 (art. 158, VII).

Registro, também, discussão ocorrida no Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>177</sup> na qual se requereu indenização por danos morais, no valor de 800 mil reais, em desfavor da União, por força de lei (de 1980)

171 VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória Jurisprudencial*, Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

172 Cf. VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória Jurisprudencial*, Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 124.

173 VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória Jurisprudencial*, Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 125.

174 Supremo Tribunal Federal, RE 31.179-DF.

175 Cf. VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória Jurisprudencial*, Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 127.

176 Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento 20526-DF, Segunda Turma, Relator Hahnemann Guimarães, julgamento 7 abr. 1959.

177 Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 2000.34.00.027768-5-DF.

que oficializou Nossa Senhora da Aparecida como padroeira do Brasil, e consequente fixação de feriado nacional, para o dia 12 de outubro. Invocando suposta ilegalidade, imoralidade e antijuridicidade da norma, que os autores imputaram como “*antibíblica e vergonhosa perante os céus e a terra*”, os autores argumentaram que a minoria evangélica residente no país se via afrontada por esse feriado. A pretensão não prosperou, em decorrência de decisão da Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, para quem a fixação de um feriado religioso, por lei, não injuriaria adeptos de outras religiões, reconhecendo-se a maioria católica, bem como a confirmação de um desejo de que se tivesse um dia especial para veneração da figura religiosa homenageada.

Essa discussão nos remete para o tema da utilização dos símbolos religiosos em instituições públicas. Exemplifico com o embate entre o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União a propósito da exposição de crucifixos em prédios públicos<sup>178</sup>. Decidiu-se pela improcedência do pedido do MPF, na compreensão de que a laicidade do Estado não se revelaria objetivamente como negativa de qualquer manifestação de fundo religioso, a exemplo da manutenção de crucifixos em prédios de uso público. Decidiu-se pela possibilidade de convivência entre laicidade e manifestações religiosas que refletem identidade nacional que também é cultural.

O reconhecimento da jurisdição secular em relação a sentenças eclesiásticas não é medida de política judiciária que seria vedada pela fórmula que adotamos, de laicidade do Estado. É este o conteúdo do decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em discussão sobre a análise de mérito de sentença estrangeira, de anulação de casamento, proferida pela Santa Sé, no Vaticano<sup>179</sup>. Na origem, uma sentença eclesiástica de anulação de casamento, proferida em Sorocaba e confirmada pelo Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica, com sede no Vaticano. Os efeitos civis da decisão eclesiástica com trânsito em julgado foram reconhecidos pelo STJ, fixando-se o entendimento de que o laicismo não veda o reconhecimento de deliberação de autoridade da Igreja, proferida por autoridade cuja personalidade jurídica é reconhecida pelas leis brasileiras.

As fronteiras entre Estado e Igreja, também, foram problematizadas em discussão relativa à natureza jurídica do cargo ocupado por arcebispo militar, quando se definiu que essa autoridade eclesiástica também é funcionário público e que, portanto, tem dever de fundamentar suas decisões<sup>180</sup>. Na origem, debate em torno de veto eclesiástico à nomeação de capelão naval, lançado sem a devida fundamentação, o que anulou o ato administrativo questionado.

A intersecção entre Direito Canônico e regras de Direito Civil, com pano de fundo no Direito Constitucional, fundamentou decisão judicial que não reconheceu união estável entre um padre - - falecido - - e a autora da ação, porquanto o pároco estaria proibido de casar, por força de regra do Direito Canônico<sup>181</sup>. O clérigo também fora funcionário público. A interessada pretendia receber aposentadoria junto ao Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, após a morte do sacerdote, para quem teria trabalhado, fazendo serviços domésticos. Com esse objetivo, invocou que teria vivido, maritalmente, com o vigário, e por isso buscava reconhecimento de união estável, o que justificaria o recebimento de pensão, logo após a morte do padre. Foi negado o pedido justamente porque regra de Direito Canônico, que obrigava o padre falecido, não permitia o casamento de clérigos.

Há registros, também, de jurisprudência recente dando conta de intervenção do Estado em assuntos de organização eclesiástica. Exemplifico com ordem judicial que anulou eleição de chapa única em conselho da

178 Ação civil pública 0017604-70.4.03.6100, 3ª Vara da Justiça Federal em São Paulo.

179 Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada n. 11.962-VA (2014-0121085-1), relatada pelo Ministro Felix Fischer.

180 Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação cível - Turma Espec. III. N. CNJ: 0020056-94.2014.4.02.5101 (2014.51.01.020056-0), relatado pelo Desembargador Marcus Abraham.

181 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível- Primeira Câmara Cível. n. CNJ: 0339008-13.2014.8.21.7000. Relatado pelo Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal.

Igreja do Evangelho Quadrangular<sup>182</sup>. A eleição teria sido realizada em desacordo com os estatutos da referida Igreja, feita mediante aclamação, sem observância do tempo e dos votos, conforme estatutariamente previsto.

Em tema parecido, tem-se exemplo de exclusão de membro de Igreja, por força de decisão judicial<sup>183</sup>. A Igreja Adventista do Sétimo Dia afastou membro invocando que o excluído não cumpria princípios do Evangelho, com o que o afastado não concordou, buscando decisão que reverteresse a medida tomada pela Igreja. Entendeu-se que a disposição da Igreja, nessa matéria, que é de organização interna, não poderia ser desconstituída pelo Judiciário.

No núcleo a discussão relativa ao fato de que as decisões *interna corporis* das associações religiosas não passariam pelo crivo do Poder Judiciário, exceto se ofendessem a direitos fundamentais. Tem-se como ilustrativo dessa premissa discussão em torno de recusa da Congregação Cristã do Brasil em fazer cerimônia religiosa no sepultamento de membro da Igreja, na justificativa de que se tratava de pecador<sup>184</sup>. A Corte entendeu que a intervenção era desnecessária, porquanto não teria sido violada a honra do falecido, uma vez de que a notícia da negativa fora dada à família de modo discreto e não ofensivo.

Pretensão de impugnação de decisão de associação religiosa que afastou membro, por meio de ação declaratória de nulidade do ato jurídico, também, é o ambiente no qual se discute a possibilidade (ou impossibilidade) do Poder Judiciário interferir em assuntos *interna corporis* de entes religiosos. A dificuldade se encontra no fato de que atos religiosos disciplinares decorrem ao mesmo tempo de análises de condutas de conteúdo espiritual e eclesiástico, o que afastaria a intervenção corretiva do Judiciário<sup>185</sup>. Há notícia da referida intervenção por ocasião de ação de indenização na qual um Pastor foi condenado a indenizar dois fiéis que expulsou da Igreja, ocasião em que teria havido insultos e agressão, inclusive com ameaça de uso de força<sup>186</sup>.

É reconhecida a liberdade de criação, organização, estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, de modo que o Poder Público não pode negar o registro dos atos constitutivos necessários ao funcionamento dessas organizações. Assim, há liberdade para definição e construção de estatuto, o qual, uma vez desrespeitado, pode ser judicialmente questionado, por parte do membro da Igreja que se veja prejudicado<sup>187</sup>.

Essa compreensão suscita, entre outros, discussão hoje no Supremo Tribunal Federal, relativa à disputa pelo controle da Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade, anteriormente apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>188</sup>, em recurso que subiu do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Discute-se regra estatutária relativa ao direito de voto a algumas categorias de membros da TFP, à luz de uma relação de conformidade com os princípios constitucionais de liberdade de associação.

Nesse processo, há pareceres de renomados juristas brasileiros, a exemplo de Mozart Victor Russomano, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Orozimbo Nonato, Miguel Reale, José Frederico Marques, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Athos Gusmão Carneiro, Humberto Theodoro Junior e Nelson Nery Junior, entre outros.

Um grupo de afiliados da TFP pretende a anulação de assembleias realizadas desde dezembro de 1997, invocando que os estatutos permitiriam a perpetuação no controle da instituição por parte de membros

182 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo digital n. 1088853-08.2013.8.26.0100. Juiz Marcos Roberto de Sousa Bernichi.

183 Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 35101116073.

184 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro n. 2012.0000020289. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator De Santi Ribeiro.

185 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 6922261-PR 0692226-1 (TJ-PR).

186 Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3ª Câmara de Direito Civil. Apelação 2012.059650-8.

187 Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível AC 101340911522460001 MG (TJ-MG).

188 Superior Tribunal de Justiça. RE no Recurso Especial nº 650.373-SP (2004-0031470-2).

fundadores. O princípio de liberdade de associação é o pano de fundo da discussão, na qual os estatutos de um grupo religioso estão sob o crivo do Poder Judiciário.

Ainda no mesmo tema, remete-se a uma discussão em torno de leitura de uma carta com conteúdo difamatório, durante cerimônia religiosa, o que suscitaria em favor do interessado, direito à indenização, por danos morais sofridos<sup>189</sup>. O queixoso fora acusado de mau pagador, junto à comunidade religiosa que frequentava, o que mitigou o direito à crítica de suposta titularidade dos responsáveis pela Igreja, em face do dano moral sofrido pelo interessado.

Relações entre ordens religiosas e o Judiciário são ainda exemplificadas com discussão em torno de pretensão da Igreja Evangélica de Confissão Luterana do Brasil que ajuizou ação de reintegração de posse contra pastor, excluído da Igreja, e que se manteve na posse do templo, onde passou a dirigir uma nova comunidade religiosa<sup>190</sup>. Entendeu-se que o pastor ocupava o templo, isto é, o patrimônio da Igreja, em nome desta, a quem era subordinado. Era, assim, mero detentor, em nome de terceiro, segundo compreensão do Ministro relator, no Superior Tribunal de Justiça. Quando o pastor se desligou da Igreja, deixou de ser detentor e passou a exercer a posse sobre o imóvel. A negativa de devolução da posse teria configurado ilícito possessório, na forma de esbulho. Ainda que o pastor tenha invocado liberdade religiosa e usucapião sobre o imóvel, decidiu-se pela ilegalidade da posse, julgando-se em favor da Igreja.

As relações entre Estado e Igreja sugerem no mais das vezes discussões em torno da compreensão exata da laicidade estatal. O Ministério Público em São Paulo pretendeu que a Justiça Federal determinasse que fosse retirada das células de reais a expressão “Deus seja louvado”, dando-se à União o prazo de 120 dias para que as novas células fossem impressas sem a referida expressão, a qual, na compreensão do membro do Ministério Público, afetava a “liberdade religiosa de todos os cidadãos”<sup>191</sup>. O Banco Central do Brasil defendeu-se argumentando que a expressão decorre do próprio preâmbulo da Constituição Federal, núcleo normativo justificativo do uso dessa fórmula. Bem entendido, esclareceu-se que não há justificação legal para a inserção da expressão nas notas, o que teria sido feito com base em resolução do Conselho Monetário Nacional, com fundamento em uma lei de 1964.

Decidiu-se pela improcedência do pedido. Entendeu-se que não cabe ao Ministério Público e nem ao Poder Judiciário alterar nome de cidades, abolir feriados religiosos ou policiar o uso de símbolos religiosos em órgãos públicos. Invocou-se o exemplo norte-americano, cuja laicidade é pedra de toque na ordem constitucional, e no qual há menção religiosa no numerário circulante (*in Godvetrust*). Lembrou-se, também, que o monumento ao Cristo Redentor é um dos símbolos do país, e que o Natal é comemorado com decorações estipendiadas por prefeituras de várias cidades brasileiras, circunstâncias que comprovam acomodação entre valores cristãos e cultura nacional.

Decisões judiciais em questões originariamente religiosas são também constatadas em demandas relativas a devolução de dinheiro para fiéis. Exemplifica-se com decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em desfavor da Igreja Universal do Reino de Deus<sup>192</sup>. Decidiu-se com base no art. 548 do Código Civil, que dispõe que é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência do doador. Definiu-se que o sustento de uma pessoa se qualifica como um bem jurídico tutelado por lei. Assim, o fiel arrependido que ficou desamparado como resultado a doação feita a Igreja está legitimado a buscar e a receber judicialmente os valores originalmente doados. A discussão subiu para o Superior Tribunal de Justiça<sup>193</sup> que manteve a decisão recorrida forte no argumento de que haveria necessidade de reavaliação de instrução probatória, o que é vedado por entendimento jurisprudencial do próprio tribunal.

189 Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível AC 20110946975.

190 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.188.937 - RS (2010/0057871-1). Relator Ministro Luís Felipe Salomão.

191 7ª Vara Cível - Justiça Federal - São Paulo. Ação Civil Pública - autos n. 0019890-16.2012.403.6100. Decisão Juíza Federal Diana Brunstein.

192 Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo 2020011108554-4 APC. Relator Desembargador Angelo Canducci Passareli.

193 Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 445.576-DF (2013-0402902-0). Relator Ministro Sidnei Beneti.

Questão muito parecida foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que confirmou sentença de primeira instância condenando a Igreja Universal do Reino de Deus a indenizar um casal de fiéis<sup>194</sup>, que teriam sido iludidos pela Igreja reclamada, identificando-se como vítimas de um “mercado da fé”. O casal teria feito doações à Igreja, em dias denominados de “fogueira santa”. O casal argumentou que estava sob forte abalo emocional, o que orientou decisão judicial determinando o pagamento de indenização por danos morais sofridos.

Os advogados da Igreja sustentaram que o direito brasileiro não prevê a figura do temor referencial como vício de consentimento passível de anular atos jurídicos, bem como insistiram que não havia ilícito na conduta religiosa contestada.

Observa-se que a decisão enfatizou a laicidade do Estado brasileiro, o que, no entanto, como se lê na sentença, não imunizaria de pleno direito os atos praticados por associações religiosas, por força mesmo do princípio da inafastabilidade da jurisdição, sobretudo nos casos nos quais se discute o abuso de direito e o enriquecimento sem causa. A fragilidade dos autores da ação foi realçada, dada a vulnerabilidade explorada com a perda do patrimônio em troca do recebimento de bênçãos. Decidiu-se pela restituição dos valores, a par de determinação para pagamento de indenização, em favor do casal arrependido.

No sentido contrário, queixa crime (por difamação) da Igreja Universal do Reino de Deus<sup>195</sup> protocolada contra magistrado que proferiu sentença em ação reparatória de danos, e que teria utilizado excesso de linguagem, com declarações preconceituosas, ofensivas da honra da Igreja. O órgão especial do Tribunal decidiu que o juiz querelado apenas teria narrado os fatos, aplicando o direito ao caso concreto, no estrito cumprimento do dever, pelo que se entendeu descabida a pretensão da querelante.

Outro exemplo de intervenção judicial em situações concretas nas quais se observa algum pano de fundo eclesial é colhido com discussão relativa ao destinatário de bem doado a um Santo da Igreja Católica, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>196</sup>. A Mitra Diocesana de Paracatu, no estado de Minas Gerais, desafiou sentença proferida em ação de retificação de área, invocando que a extensão discutida fora originalmente doada a um Santo da Igreja.

A doação, no plano fático, se resolveria em favor da Mitra Diocesana, porquanto nos termos do Direito Canônico esta seria a representante de todas as Igrejas Católicas da respectiva diocese, afirmação que se lastreava em antigo julgado do Supremo Tribunal Federal<sup>197</sup>. Nesse caso, os julgadores entenderam que a doação feita ao Santo aproveitava à Igreja, com base no art. 112 do Código Civil, que dispõe que “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”, pelo que se justificou assertiva que daria conta de que “*quem doa ao santo está, na realidade, doando à Igreja*”.

Outras discussões judiciais ampliam o conjunto de problemas que evidenciam atritos no contexto das relações entre Estado e Religião. Em tema de poder de polícia, por exemplo, o uso de hábitos religiosos, por freiras, nas fotografias utilizadas nas carteiras de habilitação para dirigir, é caso muito ilustrativo. Em ação originária do Estado do Paraná discutiu-se recusa do Departamento de Trânsito daquela unidade federada, que não aceitava que freiras apresentassem fotografias com os respectivos hábitos, para as respectivas habilitações para condução de veículos<sup>198</sup>. Prestigiou-se a liberdade religiosa, no sentido de que o uso do hábito religioso qualificaria um atributo inerente à personalidade, pelo que deveria ser respeitado; caso contrário, ocorreria uma restrição a direito fundamental.

194 Originariamente, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Comarca de Lajeado, 2ª Vara Cível, Processo n. 017-1.07.0004478-4. Juíza de Direito Carmen Luiza Rosa Barghouti.

195 Órgão Especial do Poder Judiciário do Rio de Janeiro. Petição criminal n. 0028013-19.2014.8.19.0000. Desembargador Jessé Torres.

196 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.544-MG. Relator Ministro João Otávio Noronha.

197 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 21.802-ES, relator Ministro Mario Guimarães, decisão 4 dez. 1952.

198 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação no reexame necessário n. 5009191-49.2012.404.7005-Pr. Relator Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva.

O uso do hábito por parte de freira ao longo do processo de revista na entrada dos portões de embarque nos aeroportos brasileiros foi objeto de deliberação judicial que ponderou valores de liberdade de crença e limitações de direitos no interesse coletivo<sup>199</sup>. Decidiu-se que as impetrantes, freiras interessadas, teriam direito de revista em sala reservada, quando necessário a retirada do véu, o que acomodaria liberdade religiosa e obrigação legal.

Há, também, outras interessantes discussões judiciais atuais que se relacionam ao Cristo Redentor, a exemplo de direitos de imagem (atribuídos à Arquidiocese do Rio de Janeiro)<sup>200</sup> e de possibilidade de cobrança de ingresso para acesso ao Corcovado, e não em outros locais do Parque Nacional, o que se justificou por ser o Cristo Redentor um ponto turístico de expressão internacional, pelo que não estaria limitada a liberdade de expressão religiosa, que se desdobra também com visitas ao monumento<sup>201</sup>.

Limite e conluio esse conjunto de exemplos de intersecção entre Estado e Religião com pretensão da Frente Parlamentar Evangélica do Congresso com o objetivo de aprovação de emenda constitucional que ampliaria o conjunto de legitimados para proposta de ação direta de inconstitucionalidade, em favor de rol de entidades religiosas, a exemplo da Convenção Geral das Assembleias de Deus no Brasil, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, da Convenção Batista Nacional e do Colégio Episcopal da Igreja Metodista, entre outros. A iniciativa é de parlamentar que pretende acrescentar ao artigo 103 da Constituição Federal um inciso que autoriza capacidade postulatória das associações religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pesquisas que relacionem Direito e Religião sugerem aproximação interdisciplinar que suscita amplo conjunto de análises, que podem ser especulativas, históricas e instrumentais. No presente ensaio, referiu-se tão somente às relações entre o Direito e o Cristianismo. Há vários ambientes de práticas religiosas, como o islamismo, o budismo, o espiritismo, as religiões de origem africana, que podem, também, promover investigações acadêmicas, com proveitoso desdobramento prático. O ateísmo, enquanto direito individual e potestativo de não se acreditar em Deus, é tema que nos remete à liberdade de consciência, que é um dos alicerces do Direito Constitucional contemporâneo.

Do ponto de vista especulativo, pode se ampliar ou se impugnar o ponto de vista de que Direito e Religião contam com origens comuns, que revelam estruturas burocráticas assemelhadas, que partilham de preocupações interpretativas comuns, que vivenciam sistemas hierárquicos convergentes, bem como que trabalham com categorias interpretativas muito próximas, a exemplo dos comentários exegéticos e textuais.

Do ponto de vista histórico, há amplo material de fundo teológico que o Direito pode explorar, a exemplo dos julgamentos de Jesus Cristo e do Apóstolo Paulo, além de miríade de ilustrações bíblicas a respeito de arranjos institucionais de nossa tradição ocidental, a exemplo do modo como entendemos o homicídio, os contratos, as relações entre direito e moral, entre outros temas. A defesa (ou impugnação) de que as Escrituras contemplariam duas teorias da justiça absolutamente opostas, uma delas no Antigo Testamento e a outra no Novo Testamento, discussão que opõe um jurista como Kelsen e um teólogo como Grünwaldt, também é pano de fundo para discussões em torno do direito natural e da justiça distributiva.

De um ponto de vista mais pragmático e instrumental as pesquisas de jurisprudência podem apontar que

199 Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Remessa ex-officio em Mandado de Segurança, REOMS n. 321275920104013400 DF.

200 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Apelação cível n. 0103897-94.2007.8.26.0100. Relator Desembargador Vito Guglielmi.

201 Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança - MAS 2477899.02.06197-4.

o Judiciário ainda decide com base na plena separação entre Igreja e Estado, sufragando a liberdade de associação e evitando o envolvimento em questões litúrgicas e organizacionais, ainda que hoje se observe uma flexibilização dessas orientações, porquanto o monitoramento da plena eficácia dos direitos fundamentais se mostra como o vetor de interpretação e a chave para tomada de decisões.

Respeitando-se ambientes distintos, um é laico, o outro é clerical; atendendo-se escalas diversas, a Religião centra-se na subjetividade, e o Direito na objetividade, o ensaio argumenta que é possível a aproximação entre campos epistêmicos ordinariamente distintos. O Direito desdobra-se do contrato social e a religião decorre da fé: são campos que cuidam distintamente do cidadão e do fiel, categorias materiais e espiritualizadas que realçam os vários aspectos da experiência humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, J. Capistrano. *Capítulos de História Colonial*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2006.
- AGAMBEM, Giorgio. *O Reino e a Glória*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2011.
- AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Tradução (latim para o português): Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2010.
- AGOSTINHO. *Comentário da Primeira Epístola de São João*. Tradução: Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulinas, 1989.
- ALLEN, Steven W. *The Illegal Trial of Christ*. Mesa: Legal Awareness, 2005.
- ALTER, Robert; KERMODE, Frank. *Guia Literário da Bíblia*. Tradução: Gilson César de Souza. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004.
- ARMSTRONG, Karen. *A History of God*. New York: Balantine Books, 1994.
- ASLAN, Reza. *Zelota - a Vida e a Época de Jesus de Nazaré*. Tradução: Marlene Suano. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- AZEVEDO, J. Lúcio. *História de Antonio Vieira*. Lisboa: Clássica Editora, 1992.
- BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Trabalhos Políticos*. v. II, 1872-1874, Tomo II. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987.
- BARRETO, Tobias. *Obras Completas, Crítica de Religião*. Rio de Janeiro, Sergipe: J. E. Solomon, Editora Diário Oficial, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution II - The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Traditions*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2003.

- BERMAN, Harold, J. *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1983.
- BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições - Portugal, Espanha e Itália- séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BLEDSON, David Allen. *Movimento Neopentecostal Brasileiro - um estudo de caso*. São Paulo: Hagnos, 2012.
- BOADT, Lawrence. *Reading the Old Testament, an Introduction*. New York: Paulist Press, 1984.
- BOICE, James Montgomery; RYKEN, Philip Graham. *Jesus on Trial*. Phillipsburg: P & R Publishing, 2002.
- BOSCH, Jordi Sánchez. *Escritos Paulinos*. São Paulo: Editora Ave Maria, 2002.
- BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- BOSI, Alfredo. *História Concisa da Literatura Brasileira*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- BRETONE, Mario. *Storia del Diritto Romano*. Roma: Laterza, 1995.
- CALVINO, João. *A Instituição da Religião Cristã*. Tradução: Carlos Eduardo de Oliveira et al. São Paulo: Editora da UNESP, 2008.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira - Comentários*. Brasília: Senado Federal, 1992 (Edição fac-símile da edição de 1902).
- CHESTERTON, G. K. *Ortodoxia*. Tradução: Almiro Pisetta. São Paulo: Mundo Cristão, 2011.
- COHN, Haim. *O Julgamento e a Morte de Jesus*. Tradução: Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1994.
- CORRÊA, Rossini. *Teoria da Justiça no Antigo Testamento*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2015.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e Roma*. Tradução: Jonas Camargo Leite, Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *História Constitucional do Direito Português*. Almedina: Coimbra, 1995.
- DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Tradução: Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro, Brasília: Rosa dos Tempos, Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.
- FEBVRE, Lucien. *Martinho Lutero - um destino*. Tradução: Dorothee de Bruchard. São Paulo: Três Estrelas, 2012.
- FERREIRA, Wilson Castro. *Calvino: Vida, Influência e Teologia*. Campinas: Editora Luz para o Caminho, 1985.
- FRANZEN, August. *Breve História da Igreja*. Tradução: Manuela Ribeiro Sanches. Lisboa: Editorial Presença, 1996.
- FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão*. Tradução: José Octávio de Aguiar Abreu. In: STANDARD BRASILEIRA. *Obras Completas*. v. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

- FRYE, Northrop. *O Código dos Códigos: a Bíblia e a Literatura*. Tradução: Flávio Aguiar. São Paulo: Boitempo, 2014.
- GARCIA, Gilberto. *O Direito Nosso de Cada Dia*. São Paulo: Editora Vida, 2004.
- GAUDEMET, Y.; STIRN, B.; DAL FARRA, T.; ROLIN, F. *Les Grands Avis du Counseild'État*. Paris: Dalloz, 2008.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução: A. M. Hespanha, L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. Tradução: Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- GLOTZ, Gustave. *La Cité Grecque*. Paris: Albin Michel, 1988.
- GRÜNWALDT, Klaus. *Olho por olho, dente por dente?* Tradução: Monika Ottermann. São Paulo: Loyola, 2009.
- GUNDRY, Robert H. *Panorama do Novo Testamento*. Tradução: João Marques Bentes. São Paulo: Vida Nova, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HAHN, Carl Joseph. *História do Culto Protestante no Brasil*. Tradução: Antonio Gouveia Mendonça. São Paulo: ASTE, 1989.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia - Síntese se um Milênio*. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Tradução: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. Lisboa: Casa da Moeda, s.d.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- KANTOROWICZ, Ernest H. *Os Dois Corpos do Rei - um estudo sobre Teologia Política Medieval*. Tradução: Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KAUTSKY, Karl. *A Origem do Cristianismo*. Tradução: Luiz Alberto Moniz Bandeira. São Paulo: Civilização Brasileira, 2010.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KINSEY, Robert S. *With Paul in Greece*. Nashville: The Parthenon Press, 1957.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras*. Tradução: Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007.
- LACOMBE, Américo Jacobina. A Igreja no Brasil Colonial. In: HOLANDA, Sérgio Buarque (Direção). *História Geral da Civilização Brasileira*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- LAWRENCE, John W. *The Six Trials of Jesus*. Grand Rapids: Kregel, 1996.

- LÉONARD, Émile G. *O Protestantismo Brasileiro*. Tradução: Linneu de Camargo Schützer. São Paulo: ASTE, 2002.
- LESSA, Vicente Themudo. *Lutero*. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.
- MARQUÊS DE SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, São Paulo: Ed. 34, 2002.
- MONS, Maurílio Cesar de Lima. *Introdução à História do Direito Canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. In: *Os Pensadores*. Tradução: AnoarAiex, E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- LOPES, Augustus Nicodemus. *A Bíblia e seus Interpretes*. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2004.
- LUTERO, Martinho. *Obras Selecionadas - O Programa da Reforma - Escritos de 1520*. Tradução: Martin N. Dreher et al. São Leopoldo, Porto Alegre: Editora Sinodal, Concórdia Editora, 2000.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa - entre o Teísmo e o (neo) Ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law*. London: Kessinger Publishing, 1861.
- MARCOCCI, Giuseppe; PAIVA, José Pedro. *História da Inquisição Portuguesa - 1536-1821*. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2013.
- MARIANO, Ricardo. *Neopentecostais - Sociologia do Novo Pentecostalismo Brasileiro*. São Paulo: Loyola, 2010.
- MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Luís Cláudio de Castro, Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MCGRATH, Alister. *A Revolução Protestante*. Tradução: Lena Aranha, Regina Aranha. Brasília: Editora Palavra, 2012.
- MENDES, Marcel. *Tempos de Transição - A Nacionalização do Mackenzie e sua Vinculação Eclesiástica (1957-1973)*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2007.
- MOMMSEN, Theodor. *Disegno del Diritto Pubblico Romano*. Tradução: P. Bonfante. Milano: CELUC, 1973.
- MOOG, Vianna. *Bandeirantes e Pioneiros*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- MOTT, Luiz. Cotidiano e Vivência Religiosa: entre a Capela e o Calundu. In: NOVAIS, A. (Coord.). *História da Vida Privada no Brasil*. v. 1, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- NADAL, Fábio. *A Constituição como mito - o mito como discurso legitimador da Constituição*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *O Direito na Bíblia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- PENNISI, John Louis. *Esboço do Velho Testamento*. São Paulo: Editora da Igreja de Cristo Sudoeste, s.d.
- PIERONI, Geraldo. *Os Excluídos do Reino*. A Inquisição Portuguesa e o Degredo para o Brasil Colônia. Brasília: UnB, 2006.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.
- POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SARAIVA, António José. *Inquisição e Cristão – Novos*. Lisboa: Editorial Estampa, 1985.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Übiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa - da Idade Média à Idade Contemporânea*. Tradução: Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHNELLE, Udo. *Paulo - Vida e Pensamento*. Tradução: Monika Ottermann. Santo André: Paulus, Academia Cristã, 2010.
- SELLIN, E.; FOHRER, G. *Introdução ao Antigo Testamento*. Tradução: D. Mateus Rocha. São Paulo: Academia Cristã, Paulus, 2012.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português - Fontes do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- SLOYAN, Gerard S. *Jesus on Trial - A Study of the Gospels*. Minneapolis: Fortress Press, 2006.
- SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação Histórica do Brasil*. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.
- SPINOSA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*. Tradução: Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- STRAUSS, Leo. *Natural Rights and History*. Chicago, London: University of Chicago Press, 1992.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* London, New York: Verso, 1996.
- UROFSKY, Melvin I.; FINKELMAN, Paul. *Documents of American Constitutional and Legal History*. New York, Oxford: 2008.
- VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados - Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória Jurisprudencial, Ministro Hahnemann Guimarães*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- VIEIRA, Antonio. *Cartas do Brasil*. São Paulo: Hedra, 2003.
- VIEIRA, Antonio. *Sermões*. São Paulo: HEDRA, 2003.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 1. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 2. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999.
- WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Tradução: Talcott Parsons. London, New York: Routledge, 1992.
- WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Formação do Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

- WILSON, A. N. *Jesus - Retrato de um Homem*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- WINGO, Earle L. *The Illegal Trial of Jesus*. Ontario: Chick Publications, 2009.
- WITTE JR., John. *Law and Protestantism - The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972.
- WOODS Jr., Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. Tradução: Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo, Brasília: Saraiva, IDP, 2012.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O rio e a cidade:** o diálogo jurídico entre o plano hídrico e o plano diretor

**The river and the city:** the legal dialogue between the hydric plan and the directing plan

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

# O rio e a cidade: o diálogo jurídico entre o plano hídrico e o plano diretor\*

## The river and the city: the legal dialogue between the hydric plan and the directing plan

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep\*\*

### RESUMO

O tema a ser desenvolvido é a interação da gestão do rio e da cidade, sob o enfoque da planificação jurídica. A proteção das águas, dos rios e da cidade, de forma recíproca, isto é, integrada, é investigada adotando-se o Plano como referencial. O Plano é instrumento comum - Plano de recursos hídricos e Plano diretor - da política setorial e responsável pela concretização dos fundamentos, metas e diretrizes que se devem equacionar na proteção do todo: o meio ambiente. Inúmeros são os desafios para a elaboração, implementação setorial (gestão vertical) do Plano e sua respectiva integração com os demais Planos (gestão horizontal) e demais vertentes de forma a se alcançar a sua integralidade (gestão sistêmica). No primeiro momento, trabalham-se o sentido e alcance do Plano como instrumento de políticas públicas, que prima por consignar os objetivos e valores a serem concretizados, identificados como: *plano, norma*, notadamente, no caso do rio e da cidade, para, então, propor, por meio de indagações, o diálogo, a negociação e a cooperação, num ensaio sobre o *plano-contrato*, noção extraída da natureza jurídica do Plano, quando exerce a função normativa. Por derradeiro, foi trabalhado o ensaio do que se denomina *plano-sistema*, qual seja, o sistema de gestão de planos, que é resultante da interpretação jurídica sistemática.

**Palavras-chave:** Plano jurídico. Plano hídrico. Plano diretor. Cidade sustentável. Gestão de rio.

### ABSTRACT

The theme to be developed is the interaction of the river and the city management under the focus of the juridical planning. The protection of the waters, the rivers and of the city in a reciprocal way, that is, integrated, will be investigated by adopting the Plan as a referential. The Plan is common instrument – hydric resources Plan and city directing Plan - of the sectorial politics and it is responsible for the accomplishment of the fundamentals, objectives and guidelines which must be taken into account in the protection of the whole: the environment. There are countless challenges for the elaboration, sectorial implementation (vertical management) of the Plans and their respective integration with the other Plans (horizontal management). At a first moment, the meaning and the reach of the Plan was analyzed as an instrument of public policies, notably in the case of the river and the city.

\* Recebido em 28/10/2016  
Aprovado em 01/12/2016

\*\* Professora de Direito do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu de Direito e Professora Assistente da Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC- SP.

So as to later, propose, through inquiries, the dialogue, the negotiation and the cooperation concerning the *contract-plan*, a notion resulting from the juridical nature of the Plan, when it performs the normative function. Finally, it was analyzed what we call a *system-plan*, that is the one in which was inserted the management of plans, which results from the systematic juridical interpretation.

**Keywords:** Juridical plan. Hydric plan. Director plan- City

## 1. INTRODUÇÃO

A explosão demográfica, o avanço tecnológico, dentre outros fatores, fizeram da relação *homem-rio-cidade* uma temática problemática que desafia diferentes ciências que devem dialogar no fito de reverter esse contexto e efetivar a proteção do rio, logo das águas, da cidade e do homem. A relevância de cuidar e gerenciar o rio e a cidade é uma realidade que impõe à ciência jurídica a tônica de sua concretude nos instrumentos preventivos e reparatórios de gestão. O *plano jurídico* é um deles. Regulamentar, gerir e controlar o rio e a cidade, de forma isolada e autonomamente – microssistemas próprios – já não é simples, dada a complexidade de que são providos. Desafio ainda maior é o de concretizar a gestão integrada, isto é, desenvolver a metodologia de integração dos diferentes microssistemas, suas respectivas disposições normativas e instrumentos executivos que interagem entre si, a exemplo do Plano de Recursos Hídricos e do Plano Diretor.

Por intermédio da análise, notadamente, do tratamento normativo dado ao tema e da gestão executiva implementada, são feitas constatações e ponderações no intuito de apontar as deficiências a serem sanadas e os desafios a serem superados. A função primordial da doutrina<sup>1</sup> é diagnosticar e atuar na prospectiva de forma a antecipar a concretude dos próprios fatos-problemas e também promover o ensaio de soluções mediante a aferição do valor jurídico revelado nos fatos concretos e/ou iminentes.

O que se pretendeu na primeira parte do presente trabalho, pautado no *método dogmático* de investigação jurídica,<sup>2</sup> foi destacar a relevante contribuição e desafio de implementação dos marcos regulatórios federais da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997) e do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001), ou seja, as respectivas políticas de gestão autônoma, isto é, setorial e individualizada da água e da cidade. A complexidade da água e da cidade comporta marco regulatórios próprios, por certo. O que não se desonera, da necessidade de regulamentação e promoção executiva de gestão integrada de forma a se tornar eficaz a gestão de elementos que são partes integrantes de um todo maior: o meio ambiente. Em segundo momento, a ênfase coube ao *método zetético* de investigação jurídica, em que, por meio de técnica de questionamentos, se pretendeu evidenciar os desafios temáticos em curso. E, pela técnica da prospectiva, buscou-se ensaiar soluções pautadas no macrossistema rio-cidade.

## 2. O RIO E A CIDADE: ENTRE O MONÓLOGO AUTÔNOMO PERTINENTE E O DIÁLOGO INTEGRADO NECESSÁRIO

A gestão das águas e a gestão das cidades são materializadas nos planos de recursos hídricos<sup>3</sup> e nos

1 A título informativo, no Congresso anual da Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE), nominado “La Doctrine en droit de l'environnement”, realizado na l'Université de Limoges, nos dias 17 e 18 de novembro de 2016, foi amplamente discutido o papel da doutrina sob vários enfoques. Anais in prelo.

2 Acerca dos métodos de investigação jurídica, *dogmática e zetética* veja, Tércio Sampaio Ferraz, *in* Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.44-47.

3 Art. 5º.: “São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I os Planos de Recursos Hídricos [...] (Lei nº 9.433, 8-1-1997 Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos).

planos diretores,<sup>4</sup> respectivamente. Gerir o meio hídrico sem considerar o meio urbano, isto é, a interação recíproca entre eles e a interdisciplinaridade que os envolve, é colocar em risco a eficácia da proteção dos bens ambientais e a efetividade da gestão do meio ambiente. Essas afirmativas justificam-se na breve análise das variáveis que recaem sobre o rio e a cidade (partes) e a interação entre si e o meio ambiente (todo).

## 2.1 o rio e seus múltiplos usos em face do direito: uma noção jurídica camaleão da pluralidade unitária objeto de um sistema jurídico complexo

Paradoxal é o papel do rio no surgimento das civilizações. Em algumas delas, ele foi determinante, a exemplo do Egito, Mesopotâmia, China e Índia, e de pouca relevância expressiva em países como o Brasil, Congo e Gabão.<sup>5</sup>

Dois tipos de rios são evidenciados por Bethemont: os “rios dos vazios”, ou seja, aqueles de vastas extensões com baixa densidade populacional e distantes de zonas de concentrações que, em razão de riscos naturais ou militares, afastam a população; e os “[...] que foram berço de grandes civilizações hidráulicas”, como nos vales do Oriente Médio.<sup>6</sup>

Para explicar a relação entre o rio e a organização do espaço, surgiram as “teorias da localização”, que contaram com o pioneirismo de H. Von Thuner, que, ao criar a teoria espacial, baseou-se no *princípio da centralidade*, segundo o qual a *proximidade* do rio se justifica para minimizar os custos dos transportes das culturas até o mercado.<sup>7</sup>

A análise econômica da relação do rio com o território urbano é, certamente, de extrema relevância, uma vez que a gestão da cidade deve contemplar o seu desenvolvimento econômico, uma das funções da cidade sustentável.<sup>8</sup>

Destarte, o rio é dotado de funções que afetam diretamente a vida humana, notadamente na cidade, que podem contribuir com fatores econômicos, por exemplo, as “externalidades da proximidade”. Nesse contexto, dispõe Drobenko<sup>9</sup>:

*[...] Pour répondre à la perspective d'une gestion durable des fleuves, il s'agira bien s'intégrer cette diversité de fonction et d'utilisation. De ce fait le droit des fleuves constitue un élément importante, essentiel, mais néanmoins un élément d'une politique globale de l'eau, intégrée à des autres politiques publique.*

O grande desafio do *plano hídrico* constitui-se em equacionar os múltiplos usos das águas, como assevera o art. 1º, IV da LPNRH, e assegurar o exercício de suas funções. A gestão fluvial busca combater a escassez, conservando a quantidade. O instituto da responsabilidade ambiental pretende a proteção das águas, a integridade do recurso que, ao combater a poluição, prima, sobretudo, pela qualidade da água. Daí se extrai que a qualidade e a quantidade de água, problemas mundiais<sup>10</sup>, refletem-se na sustentabilidade do rio.

4 Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: “[...] III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor [...]” (Lei nº 10.257, 10-7-2001).

5 GOUGUET, Jean-Jacques. La place des fleuves dans l'aménagement du territoire: aspects économiques: vers une stratégie de gestion durable des fleuves. Les Cahiers du Crideau, n.8., p. 127.

6 GOUGUET, Jean-Jacques, id. ibid., p. 128.

7 GOUGUET, Jean-Jacques, id. ibid., p. 129.

8 Conceito tipificado no art. 2º, I, da Lei Federal nº 10.257, 10 de julho de 2001, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu diretrizes gerais para a política urbana, denominada: Estatuto da cidade, conforme será abordado adiante.

9 DROBENKO, Bernard, *Les enjeux du droit des fleuves: entre stratégies et moyens*: vers une stratégie de gestion durable des fleuves. Les cahiers du CRIDEAU, n. 8, p. 16, 2002. Sobre o tema do mesmo autor *Les contrats de rivière et le droit communautaire*. Limoges: R.E.D.E., n. 4, 2005. p. 383-400; *Les nouveaux grands principes du droit moderne de l'eau*. Révision de la charte européenne de l'eau du conseil de l'Europe (1968). *Les cahiers du CRIDEAU*, n. 6. Limoges: Pulim, 2002. p. 45-77.

10 O avançado estágio de penúria e escassez hídricas se revelam uma preocupação mundial desde a Rio/92, em que o tema ganha capítulo próprio na Agenda 21 (capítulo 18) e, notadamente, em 2002, na Conferência das Nações Unidas de Johannesburgo, a água foi o tema escolhido para o compromisso mundial de implementação do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, por meio da implementação da gestão sustentável.

Acerca dos *rios*, tem-se, na esfera internacional, uma diversidade de disposições que tratam desde a conquista da “liberdade de navegar” – Congresso de Viena, de 1815, do que emergiu o “Princípio da liberdade de navegação nos rios considerados internacionais” – até a regularização da utilização dos rios para fim de obtenção de “hidroeletricidade”, “luta contra poluição” e “usos múltiplos”. A convenção de Haia, de 1907, e o Protocolo de Genebra preveem a proibição da dispersão de tóxicos, gases etc. nos rios.

Em 1974, a Convenção de Helsinque torna-se um marco no trato da questão, pois, além de atribuir a noção de unidade à água, preconizou o uso seguro, sustentável e equitativo das águas transfronteiriças e a obrigação de não causar danos aos outros Estados, conduzindo à gestão integrada das águas<sup>11</sup>. Por derradeiro, destaca-se, dentre as diversas manifestações internacionais que contribuem, direta e indiretamente, para o estudo do tema, o Capítulo 18 da Agenda 21 e a Declaração de Johannesburgo, de 2002. Não se pode olvidar que a água é também uma questão de geopolítica e que analisar o rio impacta o estudo jurídico da *política nacional de recursos hídricos*.<sup>12</sup>

Inobstante os esforços normativos implementados, proteger a água requer a construção da cartografia hidro jurídica, qual seja, a proteção do ciclo hidrológico em toda a sua extensão e formas, vez que, a água se revela plural (líquida, gasosa, vapor, água subterrânea, superficiais, ...). Daí o desafio jurídico de reger a proteção da água em sua integridade.

## 2.2 A cidade e sua pluralidade de funções: um sistema jurídico em ebulição

O mundo de hoje é urbano. A evolução demográfica do meio urbano não pode ser considerada de outra forma, senão como impressionante, haja vista que, em 1800, o planeta não tinha mais do que meio bilhão de pessoas, das quais 5% habitam as cidades. Segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –, no ano de 2000, de acordo com os dados do censo, a população passou a ser de 6 bilhões e 50% eram residentes no meio urbano.

O aumento da população conduz ao aumento do tamanho das cidades, o que faz com que, atualmente, seja possível enumerar 19 cidades com mais de 10 milhões de habitantes; 22 que estão entre 5 e 10 milhões de habitantes; 370 aglomerações habitadas por uma população entre 1 e 5 milhões; 433 entre 500.000 e 1 milhão de pessoas.

Os projetos demográficos no âmbito mundial revelam uma tendência à urbanização, em que a previsão é que três quartos das pessoas vivam em cidades em 2030. Nesse sentido é a manifestação da Comissão Francesa de Desenvolvimento Sustentável (CFDS):

*Les projections démographiques à l'échelle mondiale font apparaître une tendance à l'urbanisation: les 3/4 de la population mondiale vivront dans les villes en 2030; ils sont aujourd'hui citadins à 50%. Cette urbanisation sera essentiellement liée à la croissance des mégapoles des pays en développement et <<intermédiaires>> d'Asie, et d'Indien, d'Amérique Latine et, un peu moins, d'Afrique, encore faiblement urbanisée. Dans les pays développés, l'exode rural s'est stabilisé aux trois-quarts environ de la population citadine [...]*<sup>13</sup>

No Brasil, as estatísticas oficiais demonstraram uma concentração urbana igualmente espetacular: 81% da população cujo número ultrapassa 180 milhões de habitantes no meio urbano.<sup>14</sup>

Em um universo cada vez mais urbano, identifica-se uma série de problemas de ordem social, econômica e ambiental. A resposta jurídica a essa realidade foi a garantia do direito à cidade sustentável como um direi-

11 D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

12 Introduzida pela Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

13 Extratos “Eléments de bilan” referentes ao debate nacional sobre o desenvolvimento sustentável, realizado em 1996, pela Commission Française du Développement Durable (CFDD) (p.108).

14 Censo brasileiro realizado em 2000. Informações no *site* do IBGE – [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br), acesso em 2 nov. 2008.

to fundamental e a tipificação do conceito de cidade sustentável<sup>15</sup> no art. 2º, I, da Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada *Estatuto da Cidade*, ilustra-se:

Art. 2º. [...] I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações [...]

A construção da cidade sustentável pretendida deve ser materializada no *plano diretor*, que deve ser capaz de construir metas que contemplem a gestão harmônica de todos os elementos ambientais, agentes humanos e atividades econômicas, de forma a assegurar as funções ambientais, sociais e econômicas da cidade, além de dispor sobre os mecanismos de controle que possam aferir as respectivas responsabilidades sociais, ambientais e econômicas.

Como o tema em questão é de relevância mundial, a contribuição do Direito Internacional será trazida à baila, ora evocando a aplicação dos pactos internacionais e a legislação comparada, ora pela via do direito comparado. Nesse sentido, as referidas disposições serão exemplificadas no âmbito das *cidades*, como: as convenções das Nações Unidas sobre “estabelecimentos humanos” (“Habitat 1”, estabelecida em Vancouver, em 1976, e “Agenda Habitat II”, em Istambul, em 1996); ainda provenientes da ONU; a “Declaração sobre as cidades e outros estabelecimentos humanos”, proferida em junho de 2001; a “Carta humana europeia”, de 1992, que proclamou os “direitos urbanos fundamentais”; a “Carta das cidades europeias para a sustentabilidade”, de 1994, assinada em Aalborg, na Dinamarca; o “Livro verde sobre meio ambiente urbano”, também da Comissão Europeia, de 1990, etc. na análise da *cidade*. A complexidade do universo urbano é monitorada por diferentes olhares, a exemplo dos dados estatísticos do IBGE e dos trabalhos desenvolvidos pelos observatórios urbanos, pelas comissões e grupos de estudos das diversas associações e organismos nacionais e internacionais, públicos e privados.

Na busca da *cidade sustentável*, pensa-se, inicialmente, na *cidade ideal*. Que ideologia e valores a cidade deve concretizar? Como assegurar aos cidadãos o exercício de seus direitos? Para tanto, qual deve ser o tamanho da cidade? Como o seu espaço deve ser organizado? Que atividades devem ser inseridas, em que momento e em que espaço? E a indagação de Morand-Deville, “A cidade deve durar?”<sup>16</sup>. Como a cidade deve participar da gestão do rio? Como o rio pode auxiliar na concretização das funções da cidade?

As referidas indagações, dentre outras, a título ilustrativo, são proposições que devem ser contempladas pelos *planos*, no caso em tela, Plano de Recursos Hídricos e Plano Diretor. Devem ser baseados no mínimo legal e nas “tomadas de decisões” dos gestores públicos lastreadas na vontade e na legitimidade social, a que o plano serve.

### 2.3 O rio e a cidade:

O rio tem papel determinante na ocupação humana do espaço. A cidade deve gerir o seu espaço, respeitando o rio que a compõe. O rio revela a fonte da vida – a água – e a cidade é o local onde a vida humana se concretiza. As políticas de espaço, de tempo (perenidade e o que está por vir), de usos, funções e de valores que devem orientar tanto a gestão do rio quanto a gestão da cidade devem ser interligadas. Os seus limites e os fins devem ser concretizados no diálogo constante entre o plano de recursos hídricos e o plano diretor. Os meios estratégicos e mecanismos operacionais de gestão de ambos devem ser objeto de políticas públicas e privadas, fiscalizadas pelo Estado de Direito Ambiental.

A gestão integrada evidencia a unidade “rio-cidade”. Essa intersecção conduz a um *microsistema normativo* formado pelo diálogo entre a Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos e o Estatuto da Cidade, além

15 Conceito tipificado no Estatuto da Cidade (Art. 2º, I, da Lei Federal nº 10.257, 10 de julho de 2001).

16 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. A cidade sustentável, sujeito de direito e de deveres. In D’ISEP, CLARISSA FERREIRA MACEDO; NERY JÚNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. (Org.) *Políticas Públicas Ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 346-356.

das fontes subsidiárias a teoria geral do Direito Ambiental conduzida pela Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei de Crimes Ambientais e Sanções Administrativas, que instituiu sanções penais e administrativas ambientais (Lei Federal nº 9.605, 1998), o art. 225 da Carta Magna, os princípios ambientais e o direito urbanístico. Os fundamentos normativos do regime jurídico sustentável *rio-cidade* são, portanto, em especial: a Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos,<sup>17</sup> a Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece as diretrizes gerais da Política Urbana, denominada “Estatuto da Cidade”;<sup>18</sup> a Constituição Federal de 1988; a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – que, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei Federal nº 9.605, 12 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas oriundas de atividades e condutas lesivas ao meio ambiente, além dos Princípios Gerais de Direito, notadamente, os Princípios Gerais de Direito Ambiental e, subsidiariamente, o ordenamento jurídico como um todo.

Em que pese a previsão legal de gestão integrada entre o rio e a cidade ser prevista legalmente, percebe-se a existência de um vazio no tocante à horizontalidade da gestão, isto é, quais são os instrumentos jurídicos responsáveis pela “micro integração ambiental”? Disso se extrai que o todo deve ser regido por um “macro plano ambiental”, que se pode concretizar por meio de uma comissão interministerial (no âmbito federal) para propor as diretrizes gerais de uma política comum, ou de comissões entre Secretarias Municipais; ou, ainda, pela participação recíproca direta na elaboração de seus respectivos planos hídrico e diretor etc. Fato é que disso devem resultar ações comuns e recíprocas de forma a efetivar a integração das gestões ambientais setoriais.

Essa política comum caracteriza a denominada *gestão transversal* dos bens ambientais. Ela deve ser capaz de concretizar os comandos da *gestão autônoma* (rio e cidade, isoladamente considerados partes), da *gestão integrada* (rio e cidade, dialogando com a gestão da floresta, do ar, etc. à luz do plano de gestão ambiental) e da *gestão sistêmica* meio ambiente (água e cidade, como um todo e demais searas, como o saneamento, a política de resíduos sólidos, o turismo etc.), temas de interfaces recíprocas.

## **2. 4 O rio, a cidade e o meio ambiente: a necessidade de implementação do sistema jurídico complexo**

São observadas, inicialmente, as peculiaridades do *rio* e da *cidade* por meio de sua proteção jurídica e gestão autônoma; a seguir, pela proteção e gestão integrada entre elas. Neste momento, faz-se necessária a ponderação acerca da *gestão sistêmica*, isto é, o *plano diretor* e o *plano hídrico* devem ser tratados em um esfera mais ampla, de forma a desvendar os papéis a serem desempenhados por eles no diálogo dos planos setoriais e demais políticas públicas ambientais. As três esferas agem e se integram umas com as outras. Esse movimento não pode ser compreendido de maneira linear, mas sim de forma pluridimensional.

A função jurídica, que é sustentada pela causa jurídica, é concretizada, no caso em tela, na gestão que se faz igualmente jurídica para que se efetive. Como essa é a base normativa que conduz à obrigação de fazer do Estado Democrático de Direito Ambiental, ainda que a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente não relacione expressamente o instrumento “plano ambiental”, ela institui a “Política Nacional de Meio Ambiente” que, além de seus comandos internos de prevenção, ao ser recepcionada pela CF/88, impõe a obrigação de gerir o meio ambiente, e não pode ser viabilizada a sua efetividade, senão mediante um *plano*.<sup>19</sup>

Por certo, todas as esferas devem ser fiscalizadas pela dinâmica jurídica do “comando-controle”, por

17 As disposições do Código de Águas e do Código Civil/2002, apesar de abordadas, não foram inseridas expressamente no microsistema normativo apontado, dada a ênfase de “gestão” que se pretende dar ao tema. Esses institutos legais estão inseridos no trato do tema, indiretamente, pela dinâmica do sistema jurídico.

18 Assim dispõe o Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.257, 10 de julho de 2001.

19 Acerca da terminologia, conceito, aspectos materiais, instrumentais e natureza jurídica de plano veja: D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p.236-256.

meio do controle jurisdicional das políticas públicas.<sup>20</sup> Destarte, a falta de um sistema de gestão integrada na área ambiental que abranja as partes e o todo compromete a efetividade multidisciplinar da gestão integrada.

### 3. SISTEMA DE GESTÃO DE PLANOS: DESAFIOS INDAGADOS E SOLUÇÕES ENSAIADAS

A expansão do meio ambiente urbano é latente. Da mesma forma, é nítida a influência dos rios na ocupação do território e sua importância socioambiental econômica. Diante dessas constatações, surge a necessidade de propiciar o cuidado integrado do rio e da cidade, de forma a respeitar as suas peculiaridades. Em torno dessa relação “rios-ocupação do território” gravita uma série de variáveis a serem observadas que, ao mesmo tempo, convergem e divergem, do que decorrem diversos desafios e inquietudes.

#### 3.1 A gestão do rio e da cidade: indagações que desafiam a construção, implementação e controle do plano jurídico

Da relação *rio-cidade* e indivíduo decorre os direitos humanos fundamentais à água em quantidade e qualidade e à cidade sustentável, que foram regulamentados e positivados por diferentes microssistemas jurídicos. Inúmeros são os desafios em implementá-los, que se ilustram por indagações:

- Como deve ser gerida a relação do rio com o seu território?
- Como conciliar os interesses hídricos, materializados nas solicitações de outorga, com os interesses de desenvolvimento e crescimento urbano?
- Como assegurar o sistema de gestão integrada entre os diferentes planos ambientais setoriais?
- Existe diferença no tocante à natureza jurídica do rio e da cidade?
- Como concretizar o diálogo na interdisciplinaridade para atingir a efetiva proteção das águas na cidade? E, a contrário senso, como evitar que o rio degrade a cidade, sendo, por exemplo, o responsável por vazios geográficos em razão de sua poluição?
- Em que medida o Direito participa desse diálogo? Com que instrumentos de imposição e controle?
- Em que medida as políticas públicas ambientais consolidam gestões sustentáveis?
- Quais os indicadores jurídicos capazes de aferir a sustentabilidade?
- Em que medida o *plano hídrico*, que gere uma bacia hidrográfica que abrange diferentes municípios, contempla as peculiaridades das cidades envolvidas?
- E o diálogo com os demais planos, a exemplo do Plano Nacional de Turismo, previsto na Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008, para tornar o *turismo sustentável* efetivo, uma vez que o rio e a cidade são partes da base objetiva da cadeia produtiva do turismo?

Todas as indagações são variáveis em torno do mesmo tema: a gestão do rio e da cidade e sua inserção no contexto ambiental.

20 Sobre o tema: MEDAUAR, Odete. Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das Políticas Públicas Ambientais? In D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JÚNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. (Org.) *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 219-230.

### 3.2 Possibilidades refletidas

Para que se construa o *direito de rio-cidade*, o que se dará não por ato normativo, é o que se ilustra nos itens a seguir:

- a solução para o diálogo e a proteção recíproca seria, talvez, no aspecto *objetivo*, a implantação de um sistema integrado de políticas públicas, controlado pelo Estado e amparado no poder de política ambiental;
- a participação da sociedade civil organizada, no aspecto subjetivo, tende a contribuir para uma gestão mais eficiente;
- o entorno do rio deve ser contemplado pelo plano diretor, assim como o *plano hídrico* deve prever a utilização social do rio, de forma que o rio seja instrumento de integração socioambiental;
- as metas dos planos deveriam ser construídas com o auxílio dos economistas, e os fundamentos e diretrizes do plano, com a participação do profissional do Direito, daí a interdisciplinaridade do tema;
- as características do plano, de normativa e executiva, poderão em muito contribuir para a gestão das águas nas cidades;
- a educação ambiental deve ser considerada, pois é o instrumento nobre da gestão ambiental.

### 3.3 Soluções ensaiadas

Propostas de objetivos e metas devem ser construídas de forma que possam:

- demonstrar que o rio pode contribuir para a qualidade de vida na cidade, influenciando diretamente a concretização da cidade sustentável;
- evidenciar que a cidade deve cuidar dos seus rios para assegurar, de forma imediata, a sua perenidade, e mediatamente, o equilíbrio do ciclo da água e, em última instância, o equilíbrio do meio ambiente;
- apontar os meios jurídicos de assegurar que a observância das funções socioambientais econômicas do rio e da cidade sejam concretizadas de maneira eficiente.

Para melhor apreender a contribuição do universo empírico, deve ser considerada a contribuição de temática gerada pelos diferentes atores sociais, Estado e Sociedade Civil Organizada, por meio de relatórios e documentos produzidos pelo Ministério do Meio Ambiente, Agência Nacional de Águas, Ministério das Cidades, Observatórios Urbanos,<sup>21</sup> grupos de trabalho das organizações internacionais, tais quais: ONU, Unesco etc., que participem diretamente do monitoramento da implantação e desempenho de políticas ambientais, em especial, das cidades e das águas.

Dentre as diversas possibilidades de instrumentos e mecanismos passíveis de serem adotados, sob a vertente dos princípios da prevenção e do desenvolvimento sustentável e da ótica do direito gestor, destacam-se em especial:

- *o plano jurídico* nas suas manifestações plurais: **plano-norma, plano-contrato e plano-sistema;**
- o controle jurídico da tutela do sistema de gestão *rio-cidade*, pela aplicação do **princípio do não retrocesso**, de forma a coibir iniciativas que permitam a degradação, **direta e indireta**, do rio e da

21 Observatório Urbano da Cidade de São Paulo, coordenado pela Secretaria Municipal de Relações Internacionais (SMRI) certificado pelo UM-Habitat (Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos), em 2005. O observatório forma um banco de dados disponível no endereço eletrônico: [www.prefeitura.sp.gov.br/observatorio](http://www.prefeitura.sp.gov.br/observatorio).

cidade. Cumpre ressaltar que o plano se faz remédio jurídico para recuperar a conduta, objeto de retrocesso, ao recuperá-la por comando de **obrigação de fazer**. Dentro das metas planejadas, ter-se-á o **plano executivo**;

- a aplicação do instituto da **Sinergia** em que os diferentes planos trabalhariam sob a mesma base, a fim de assegurar que se somem esforços em sua implementação, em oposição a disposições antagônicas, ao revés, à adoção de iniciativas integradoras e monitoradas em conjunto a sistema semelhante ao Sistema ISO;
- **Sinergia de planos** que pretendam uma gestão rio-cidade efetiva e eficiente sob o amparo jurídico dos **princípios da eticidade** e, notadamente, o **princípio da operabilidade**, idealizados por Miguel Reale como basilares do Código Civil de 2002, que justifica o diálogo de planos. Ilustra-se no quadro.

Quadro 1 – Comparativo de regime jurídico de planos

PLANO	TITULAR RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO PLANO	PRAZO	REVISÃO	RELAÇÃO ENTRE OS PLANOS	CONTROLE
PNMA/1981	Secretaria do MA	xxxxxxx	xxxxxxx	xxxxxxx	xxxxxxx
PNRH/1997	Bacia hidrográfica (Poder Público+usuários + consumidores) por Estado e país Art. 8º	Longo prazo		Plano de saneamento	Social
SANEAMENTO/2007	Federação, titulares do serviço		4 anos	§ 3º “Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos”	Incumbe à entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços a verificação do cumprimento dos planos de saneamento por parte dos prestadores de serviços, na forma das disposições legais, regulamentares e contratuais.
PNT / 2008	Ministério do Turismo	4 anos			

PLANO	TITULAR RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO PLANO	PRAZO	REVISÃO	RELAÇÃO ENTRE OS PLANOS	CONTROLE
PNRS/ 2010	1. União+ mobilização, participação social, consultas e audiências públicas – Plano Nacional 2. Estado – Plano Estadual 3. Município: Plano Municipal 4. Setor empresarial: Plano de gerenciamento	Longo prazo – horizonte de 20 anos	4 anos	O plano municipal de gestão integrada deverá estar inserido no plano de saneamento básico	Social

Fontes: Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (PNMA); Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (PNRH); Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (PNS); Lei Federal nº 11.771, de 17 de setembro de 2008 (PNT); Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (PNRS).

Indagamos se, considerando a pluralidade de funções de que são providos os *planos híbrico* e o plano diretor, não é chegada a hora de *personificá-lo* para que possam, de forma eficiente e gerencial, como sujeito de direitos e obrigações, *agir* ao revés de *reagir*?

Personificação implica rearranjo da natureza jurídica de modo a adequá-la e a potencializá-la. Ilustra-se com a União Europeia, que teve sua origem histórica, no plano de gestão de carvão e aço, idealizado por Robert Schuman – o “pai da União Europeia”. Logo, numa tratativa comercial, que alcançou o patamar de uma União Política, dotada de personalidade jurídica. O mesmo se deu com o Mercosul que, pelo Protocolo de Ouro Preto, teve sua personalidade jurídica atribuída. A personificação revela um elevado grau de integração, de solidariedade, donde se extrai que o objeto pretendido se sobrepõe ao antagonismo das partes e revela a sobreposição dos elementos de aproximação na relação jurídica. Trata-se da era do desenvolvimento do que se denominou de “direito para”, qual seja, o regime jurídico dos direitos de terceira geração, como é o caso da temática rio e cidade. O que se dá após o desenvolvimento dos regimes jurídicos dos “direito de”, notadamente os de segunda geração e do regime jurídico do “direito à”, direitos tipicamente de primeira geração<sup>22</sup>. Ressalta-se que um regime jurídico não exclui o outro e sim são cumulativos. Irá se sobrepor o regime jurídico capturado de acordo com a função perquirida. Assim sendo, em sede de direito administrativo, o plano é dotado de regime jurídico de contrato em que prevalece a tônica das obrigações pactuadas que, por sua vez, são delimitadas pela competência constitucionalmente atribuída<sup>23</sup>.

22 Acerca do tema “direito à”, “direito de” e “direito para”, veja nosso artigo: *Water and the law: reflections over the different hydrojuridical interactions*, in *Hommage à un printemps environmental: Mélanges en l'honneur des professeurs Soukaina Bouraoui, Mahfoud Ghezali et Ali Mékouar*, sous la dir. M. Prieur. Éditions Publim, October 2016.

23 Com relação aos diferentes e cumulativos regimes jurídicos que permeiam as políticas públicas, veja nosso artigo: D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JÚNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. (Org.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Por derradeiro, a ciência do direito é provida de diversos e dinâmicos instrumentos e mecanismos jurídicos que, à luz da teoria dos sistemas e, por certo, da sobreposição de natureza e regimes jurídicos distintos, se revelam aptos a contribuir para a efetividade da gestão eficiente do direito complexo de rio-cidade, desafios dos séculos XX e XXI, o que não a exime de lapidá-los.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. Políticas públicas ambientais: da definição à busca de um sistema integrado de gestão ambiental. In D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JÚNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. (Org.) *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 156 - 171
- \_\_\_\_\_. *Water and the law: reflections over the different hydrojuridical interactions*”, in *Hommage à un printemps environmental: Mélanges en l'honneur des professeurs Soukaina Bouraoui, Mahfoud Ghezali et Ali Mékouar*, sous la dir. M. Prieur. Éditions Publim, october 2016.
- DROBENKO, Bernard. *Les enjeux juridiques du droit des fleuves: entre stratégies et moyens*. Vers une stratégie de gestion durable des fleuves. *Les cahiers du CRIDEAU*, n. 8. Limoges: Pulim, 2002. p. 13-44.
- \_\_\_\_\_. *Les contrats de rivière et le droit communautaire*. Limoges: R.E.D.E., n. 4, 2005. p. 383-400.
- \_\_\_\_\_. *Les nouveaux grands principes du droit moderne de l'eau*. Révision de la charte européenne de l'eau du conseil de l'Europe (1968). *Les cahiers du CRIDEAU*, n. 6. Limoges: Pulim, 2002. p. 45-77.
- GOUGUET, Jean-Jacques. *La place des fleuves dans l'aménagement du territoire: aspects économiques*. Vers une stratégie de gestion durable des fleuves. *Les cahiers du CRIDEAU*, n. 8. Limoges: Pulim, 2002. p. 127– 148.
- MEDAUAR, Odete. Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das Políticas Públicas Ambientais? In D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JÚNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete. (Org.) *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 219-230
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *A cidade sustentável, sujeito de direito e de deveres*. In *Biblioteca de Direito Ambiental: estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site [www.publicacoes-academicas.uniceub.br](http://www.publicacoes-academicas.uniceub.br), com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

**Ativismo judicial e controle de políticas públicas**

Rodrigo Monteiro da Silva

**Inovação institucional e resistência corporativa: o processo de institucionalização e legitimação do Conselho Nacional de Justiça**

Leandro Molhano Ribeiro e Christiane Jalles Paula

**A responsabilidade social da magistratura brasileira: *accountability* e responsividade em meio à tensão entre o dever de prestar contas e a garantia da independência judicial**

Marcelo Roseno de Oliveira

**The End of the World as They Knew It: Should Former Judges be denied Admission to the Bar after the Transition to Democracy?**

Stefan Kirchner

**Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social**

João Pedro Schmidt

**Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social**

Thiago Souza Araujo, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva e Aires Jose Rover

**A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello

**Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo**

Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá

**A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades**

Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite

**A cláusula de interdição de concorrência no direito brasileiro e sua fundamentação histórica: o caso da Companhia dos Tecidos de Juta (1914). Notas sobre seus reflexos normativos, doutrinários e jurisprudenciais**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Daniel Amin Ferraz

**A cláusula de interdição de concorrência no direito brasileiro e sua fundamentação histórica: o caso da Companhia dos Tecidos de Juta (1914). Notas sobre seus reflexos normativos, doutrinários e jurisprudenciais**

Luciano Carlos Rezzoagli, Gonzalo Chiappello e Florencia Cabrera

**A contradição entre a regulamentação existente e a complexidade dos fatos reais no caso das drogas para doenças negligenciadas**

Marcos Vinício Chein Feres, Lorena Abbas da Silva, Pedro Henrique Oliveira Cuco, e Alan Rossi Silva

**A efetividade da lei maria da penha quanto à orientação sexual**

Francisco Antonio Morilhe Leonardo

**Transexualidade e o "direito dos banheiros" no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser**

Maria Eugenia Bunchaft

**China's New Concept of Development from the Perspective of the Sustainable Development Goals**

Di Zhou

**China's New Concept of Development from the Perspective of the Sustainable Development Goals**

Patrícia Maino Wartha, Haide Maria Hupffer, Gustavo da Silva Santanna e Fernando Rosado Spilki

**Solar panels in Brazil: a feasible public policy**

Henrique Pissaia de Souza

**Unidades de conservação, terras indígenas e quilombolas no estado do Amapá: como desenvolver um Estado cujo território está 70% protegido por leis?**

Linara Oeiras Assunção

**A educação diferenciada como política pública de inclusão social dos Guarani e Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**

Isabelle Dias Carneiro Santos

**Estado e religião. O direito constitucional brasileiro e o cristianismo: inventário de possibilidades especulativas, históricas e instrumentais**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello