

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 03

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. RUBENS BEÇAK

PROF. DR. JORDI GARCIA VIÑA

Direito Constitucional  
Direitos Humanos

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 03

Madrid/Espanha  
2015

**ORGANIZADORES**

**PROF. DR. RUBENS BEÇAK**

**PROF. DR. JORDI GARCIA VIÑA**

**Direito Constitucional  
Direitos Humanos**



Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### DIRETORIA – CONPEDI

**Presidente:** Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

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

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

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

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

**Secretário Executivo:** Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

#### CONSELHO FISCAL

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

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

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

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

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

#### SECRETARIAS

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

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

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

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

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

**Diretoras de Eventos:** Profa. Dra. Valesca Raizer Borgs Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

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

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Rubens Beçak, Jordi Garcia Viña. – Madrid : Ediciones Laborum, 2015.  
V. 3

Inclui bibliografia

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

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

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

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

CDU: 34

---

## APRESENTAÇÃO

---

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

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

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

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

**Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera**

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

**Dra. Cristina Amunategui Rodríguez**

*Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.*

**Dra. Carmen Otero García Castrillón**

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

**Dra. Rosario Cristóbal Roncero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

**Dra. Francisca Moreno Romero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

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

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

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

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

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

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

**Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz**

*Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.*

**Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**

*Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.*

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

**Dr. Rafael Catalá**

*Ministro da Justiça da Espanha.*

**Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón**

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

**Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa**

*Professor Adjunto Direito Tributario.*

*Presidente do CONPEDI.*

**Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza**

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

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

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

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

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

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

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

**Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza**

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

**Profa . Dra. Clerilei A. Bier**

*Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.*

**Prof. Dr. Orides Mezzaroba**

*Secretário Executivo do CONPEDI.*

# SUMÁRIO

---

“Judas”, de Amós Oz: Uma Análise do Direito de Pensar e Manifestar o Pensamento <i>Jesualdo Eduardo de Almeida Junior</i> .....	8
Direitos Humanos Fundamentais na Era Tecnológica: Reflexões sobre o Pós-Humanismo <i>Marcelo Benacchio e Queila Rocha Carmona dos Santos</i> .....	23
Direitos Humanos, Judicialização da Saúde e Diálogo Institucional: A Experiência de Lages-SC, Brasil <i>Felipe Asensi e Roseni Pinheiro</i> .....	41
Direitos Sociais, Federalismo e Políticas de Moradia no Brasil <i>Rogério Luiz Nery da Silva e Robison Tramontina</i> .....	59
La Idea de Dignidad en Occidente y las Culturas de Modernidad Reciente: Una Macrocomparación de la Comprensión del Derecho a la Dignidad en los Países BRICS <i>Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho e Gonçal Mayos Solsona</i> .....	91
Micromachismos o Microtecnologías de Poder: La Subyugación e Infravaloración, que Mantienen el Significado Político y Social del “Ser Mujer” como la Desigual <i>Almudena García Manso e Artenira da Silva e Silva</i> .....	105
O Controle de Constitucionalidade Difuso: Uma Análise de sua Origem e da Modulação de seus Efeitos no Espaço <i>Geovany Cardoso Jevaux e Ricardo Gueiros Bernardes Dias</i> .....	124
O Controle Social dos Gastos Públicos no Brasil: Efetividade ou Mera Retórica? <i>Ana Paula Parra Leite e Zilda Mara Consalter</i> .....	142

O <i>Deficit</i> de Legitimidade no Processo Político Brasileiro. A Violação da Teoria da Democracia <i>Edilene Lôbo</i> .....	175
O Desafio da Efetivação dos Direitos Humanos no Século XXI: A Justiça Restaurativa como Via de Acesso à Justiça <i>Adriana Goulart de Sena Orsini e Caio Augusto Souza Lara</i> .....	191
O Direito à Educação na Normativa Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e sua Regulação no Ordenamento Jurídico Nacional: Análise Preliminar a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais <i>Maria Creusa de Araújo Borges</i> .....	219
O Exercício Fraternal das Identidades de Gênero: A Transexualidade para Além da Liberdade e da Igualdade <i>Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira</i> .....	235
O Município e a Autonomia Local: Aspectos da Descentralização do Poder no Brasil <i>David de Medeiros Leite</i> .....	262

# “JUDAS”, DE AMÓS OZ: UMA ANÁLISE DO DIREITO DE PENSAR E MANIFESTAR O PENSAMENTO

---

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR

Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituto Toledo de Ensino, de Bauru; pós-graduado em Direito Contratual, Direito das Relações Sociais e Direito Civil. Professor de Direito Civil, Processo Civil e Constitucional da Associação Educacional Toledo (Pres. Prudente) e da FEMA-IMESA Assis.

## Resumo

O presente trabalho aborda o livro “Judas”, do escritor judeu Amós Oz, e sua relação com o direito de pensar e de se manifestar de acordo com suas convicções, ainda que refujam ao padrão do tolerável por conceitos previamente impostos pela sociedade. Não há como limitar-se o direito de pensar, posto que este decorre da própria intimidade e não se sujeita às restrições de nenhuma natureza, sobretudo porque não há como, na prática, limitá-lo. A liberdade de manifestação de pensamento, quando exercida na sua plenitude, muitas vezes choca posto que confronta com padrões pétreos impostos pela massa. No entanto, ainda assim a liberdade não pode ser cerceada aleatoriamente pelo simples fato de conte um discurso impopular. As restrições decorrem, porém, quando incitadoras do ódio.

## Palavras-chave

Liberdade de pensamento; Liberdade de expressão; Liberdade de manifestação de opinião.

## Abstract

Este documento analiza el libro “Judas”, el escritor judío Amos Oz y su relación con el derecho a pensar y a manifestar según sus convicciones, aunque refujam a nivel tolerable para los conceptos previamente impuesta por la sociedad. No hay ninguna manera de limitar el derecho a pensar, dado que este tallos desde la propia intimidad y no está sujeto a restricciones de cualquier naturaleza, sobre todo porque no hay manera, en la práctica, limitan. La libertad de expresión de pensamiento, cuando se ejerce en su plenitud, a menudo sorprendente teniendo en cuenta que se enfrenta con pétreos normas impuestas por la masa. Sin embargo, todavía libertad no puede reducirse al azar por el mero hecho de

una expresión impopular. Las limitaciones se presentan, sin embargo, cuando incitadoras de odio.

## Key words

Libertad de pensamiento, la libertad de expresión; La libertad de expresión de la opinión.

## 1. Introdução

A liberdade de pensamento e a liberdade de manifestação de pensamento, conquanto correlatas, são situações bastante díspares. Uma coisa é pensar; outra, expressar o que pensa.

Amós Oz pensa e livremente manifesta sua expressão em sua obra “Judas”. É polêmica, complexa e refoge ao padrão normal do pensamento ocidental sobre um personagem tão hostilizado: Judas, o traidor de Cristo.

Neste trabalho basicamente discorreu-se sobre como pensar com liberdade, e sobretudo manifestar suas posições, desde que contrários ao padrão convencional, muitas vezes é considerado como argumento de traição.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, partindo-se das premissas gerais a fim de solucionarem-se questões específicas. Teve-se por base a análise das falas de Amós Oz em sua obra e a perspectiva da liberdade de manifestação de pensamento.

Deste modo, primeiro abordou-se o biografia do autor, depois sua obra “Judas”. Nos capítulos seguintes, discorreu-se sobre a liberdade de pensar e sua impossibilidade de limitação, bem como a liberdade de manifestar o pensamento, cujo discurso pode e deve ser cerceado em situações excepcionais.

## 2. Amós Oz, a Vida e a Obra

Amós Oz é um escritor, jornalista e romancista israelense nascido em 04 de maio de 1939 com o nome de Amos Klausner. Filho de pais judeus radicados na Ucrânia, a família de Oz fugiu dali para Lituânia, e depois para o protetorado Britânico na Palestina. Após a formação do Estado de Israel em 1948, militou pela causa judaica e em 1954 entrou para o Kibbutz<sup>1</sup> Hulda.

1 Os kibutz são uma forma de coletividade comunitária israelita combinando o socialismo e o sionismo trabalhista. Os *kibutzim* forneceram, a Israel, uma parte desproporcionalmente importante dos seus

Sionista na sua gênese, adepto e defensor da formação do Estado judaico, participou “Guerra dos Seis Dias” e na “Guerra do Yom-Kippur”. Mais tarde, em 1970, ajudaria na fundação do movimento pacifista israelense Schalom Achshaw (*Peace Now*), pregando a formação de dois Estados autônomos: o israelense e o palestino.

Formado em Literatura e Filosofia pela Universidade Hebraica de Jerusalém, entre 1960 e 1963 publicou seus primeiros contos curtos. Mais tarde tornou-se autor de várias obras de destaque, transitando por temas variados como amor e, por óbvio, a relação judaica-palestina. Nesta temática, publicou inúmeros artigos e ensaios sobre o conflito israelo-árabe com a proposta de que somente o mútuo reconhecimento levaria à convivência pacífica entre Israel e um Estado palestino na Cisjordânia e em Gaza.

Membro da Academia de Letras Hebraicas, foi laureado com vários prêmios internacionais, entre eles “Prêmio de Frankfurt pela Paz” e o “Prêmio Israel”, “Femina em França”, o prêmio “Goethe” e o “Prêmio Príncipe das Astúrias” de letras. Em 2002 foi indicado para o Prêmio Nobel de Literatura.

Publicou cerca de duas dezenas de livros em hebraico e mais de 450 artigos e ensaios em revistas e jornais nacionais e internacionais. Entre suas obras de destaque traduzidas para o português destacam-se “A Caixa Preta”, de 1993, “Meu Michel”, de 2002, “Rimas da Vida e da Morte”, de 2008, “Cenas da Vida na Aldeia”, de 2009 e “Uma Certa Paz”, de 2010, todas publicadas no Brasil pela Editora Companhia das Letras.

A sua mais recente obra é “Judas”. Provocativa e ousada na sua essência, é dela que nos ocuparemos e que será a base de nossas “provocações”.

### 3. “Judas”, de Amós Oz

Shmuel Asch é o personagem principal deste livro. Um jovem abandonado pela sua namorada, e que também abandonara a alegria de viver. Estudante de curso de pós-graduação em filosofia, escolheu como tema de sua dissertação de conclusão de curso “Jesus na visão dos judeus”.

Filho de pais falidos que não mais podiam custear seus estudos, adepto dos movimentos socialistas inclusive com participação intensa, Shmuel enfrentou a resistência de seu professor em desenvolver o seu trabalho por se tratar de tema espinhoso. Sem condição de manter seus estudos em razão da falta de recursos, aceita uma proposta de emprego para residir e cuidar de um idoso inválido, Guershon Wald, que morava com sua nora, Atalia Abравanel.

---

líderes intelectuais, políticos e militares. Apesar de o movimento dos *kibutzim* nunca ter excedido 7% da população de Israel, ele poderá ter contribuído, como poucas instituições em Israel, para cunhar a identidade cultural do país.

Atalia, mulher fria e mais velha do que o personagem principal, envolve-se esporadicamente com Shmuel e revela uma mágoa muito intensa com a causa sionista, sobretudo das guerras em que Israel se envolveu para defender seu território. Numa delas perdeu seu amado marido Micha, filho de Guershon Wald. Desde essa perda viveu com o seu sogro e providenciava companhia profissional para ele.

Atalia era filha de Shaltiel Abravanel, um influente pensador judeu da década de 40 e que conviveu com o movimento de formação do estado de Israel. Shaltiel era um grande amigo de David Ben Gurion, o grande idealizador do estado de Israel. Porém, Shaltiel tinha vários amigos árabes e entendia se tratar de um erro a formação do Estado de Israel, isso “no fragor dos combates da Guerra da Independência.” E por conta de suas posições foi tratado como traidor e relegado ao ódio da comunidade, isolando-se do convívio social e falecendo sob o átrio do esquecimento e do desprezo popular.

Shaltiel, o típico judeu! Traidor como Judas!

É nesse enredo que pululam na obra “Judas” críticas pontuais à atuação de David Ben Gurion, o grande herói nacional. Amós Oz se vale da fala de personagens fictícios para tecer suas censuras ao *establishment* israelense e para defender a formação do Estado palestino. E por conta disto, assim como Shaltiel Abravanel também é tratado como traidor e parece aceitar esta pecha. Se sujeita a esta crítica para defender sua ideia central.

E, por intermédio da “dissertação de Shmuel Asch”, traça novas ideias sobre Judas. Inicialmente, reverbera nas páginas 285 a 287 exemplos históricos de pessoas que ousaram desafiar o padrão social e assim foram considerados “traidores”, como o presidente americano Lincoln, os oficiais alemães que tentaram matar Hitler, e mesmo o profeta Jeremias.

Quanto a Judas, trata-o como o discípulo que mais amou e confiou em Jesus. E tanto acreditava nas palavras de que seria ressuscitado que se propôs a desafiar os infieis e entregá-lo à morte:

E o beijo de Judas, o mais famoso beijo da história, certamente não foi o beijo de um traidor: os enviados dos sacerdotes do Templo que vieram prender Jesus não tinham a menor necessidade de que Judas Iscariotes lhes mostrasse quem era seu mestre (...) Além disso, quando vieram prendê-lo ele não tentou escapar, mas se apresentou voluntariamente a seus aprisionadores e os acompanhou por sua livre vontade.

Para Shmuel, Judas somente perdeu sua fé em Cristo quando o viu na cruz e percebeu que seu mestre era falível; que não ressuscitaria naquele momento. Foi então que sucumbiu na sua crença e sua razão de viver, vindo a suicidar-se. Viu-se, na verdade, traído pelas mentirosas promessas de Cristo.

Judas, judeu forjado na tradição, intelectualizado, tinha livre trânsito no Templo, onde soubera que Caifás pretendia matar Jesus e relata isto a ele. Judas então propõe a Jesus que fugissem. Mas o Cristo se recusa a fugir e pretende morrer para cumprir as profecias que predisseram que o messias seria traído e morto.

Ele incumbe Judas de ajudá-lo a morrer, para isto traindo e prestando testemunho do que ele realmente pretendia ser o Messias, ou rei dos Judeus. O traidor não é senão um apóstolo fiel: ao entregar Jesus a seus perseguidores, ele não está fazendo outra coisa senão cumprir, resignado, a tarefa da qual seu metre o incumbira” (Oz, 2014, p. 286)

Guershon Wald, o interlocutor de Shmuel para quem este trabalhava, replica: “Em todas as línguas que conheço, e também nas línguas que não conheço, o nome de Judas passou a ser sinônimo de traidor. E talvez também sinônimo de Judeu.”

Shmuel assente com estas acusações, mas as debita ao fato do “consenso histórico e social” terem eternizado essa versão. Porém, na verdade, Judas resignou-se a fazer o papel de traidor tudo a pedido de Jesus, a quem obedeceu contrariado, mas crente no poder maior de seu mestre, que ressuscitaria e promoveria a prova cabal de sua ligação com Deus.

Quando Judas se depara com Jesus crucificado, se indaga por que haviam quatro ou cinco que não paravam de gritar e de zombar do crucificado, de provocá-lo. “Onde estava seu pai, por que seu pai não vinha ajudá-lo, e por que afinal não se salvava a si mesmo? Por que não se levantava e descia da cruz?” (Oz, 2014, p. 302).

E quando ouviu Jesus exclamar: “Meu Deus, meu Deus, por que me abandonaste”, Judas soube que com estas palavras a vida dele e de seu mestre estavam acabadas! Aquele a quem devotara submissão, que fizera como seu mestre e seu líder, era na verdade um homem como qualquer outro. E tomado de culpa pelo assassinato do falível Jesus, assaltado por dúvidas e temores, aguardou algum sinal que viria dos céus que reafirmariam a divindade de Cristo. E não veio. Em desespero, então suicida-se (Oz, 2014, p. 303):

Eu o amei com um amor profundo e acreditei nele com uma crença total. Não era somente o amor de um filho mais velho por um irmão menor e melhor do que ele, e não somente o amor de um discípulo por seu grande mestre. Não. Eu o amei como Deus. E na verdade o amei muito mais do que amava a Deus. Um deus que tem ciúmes, e que vinga e que controla, e que atribui aos filhos os pecados dos pais, um Deus cruel, irado e amargo, vingativo e mesquinho e sanguinário. Enquanto o filho era amoroso e piedoso e misericordioso e cheio de compaixão e também, quando queria, mordaz, cortante, caloso e até divertido.”

E acrescenta: “Eu acreditei que a morte não poderia tocá-lo. Acreditei que ainda hoje aconteceria em Jerusalém o maior milagre de todos. O último e definitivo”.

As famosas trinta moedas dadas como recompensa pela traição de Judas eram insignificantes. Judas era homem bem sucedido economicamente e este valor mal daria para comprar poucos bens. Não faria falta a Judas e nem lhe traria nenhum conforto financeiro.

O móvel de Judas foi o seu amor por Cristo e a crença inequívoca de que se tratava do filho de Deus, e que faria o grande milagre da ressurreição em frente de todos os que dele zombaram.

O ousado e nada ortodoxo discurso de Amós Oz contraria o senso comum e a “versão oficial” que durante mais de 2000 (dois mil) anos foram incutidos no imaginário popular. Contudo, não se refreia de enfrentar este senso comum e dar sua opinião; assim como ousa defender a formação do Estado Palestino. Ideias controversas e nada populares em Israel.

Os que estão dispostos a mudar, os que têm a força para mudar, sempre serão vistos como traidores pelos que não são capazes de qualquer mudança, que tem medo mortal de mudanças, não entendem o que é mudança e abominam toda mudança. Porém, a ousadia de pensar diferente deve ser resguardada, ainda que sejam pensamentos impopulares.

Ele próprio, o grande escritor judeu Amós Oz, festejado mundo afora, é visto como um traidor em sua pátria em razão da versão oficial de que suas teorias são contrárias ao interesse sionista. No entanto, convicto, mantém intacto o seu direito de pensar diferente, ainda que a crítica lhe seja amarga.

#### **4. O Direito de Pensar Diferente?**

A divergência é elementar numa sociedade plural, com vários atores sociais de diversas matizes ideológicas, sociais, culturais e mesmo religiosas, e com vários interesses diversos em pauta. E se numa mesma sociedade já existe divergência, em sociedades diversas os afastamentos serão ainda mais gritantes.

Por citar, num recente jogo entre Corinthians e Once Caldas, pela Taça Libertadores das Américas de 2015, a torcida organizada da equipe colombiana estendeu uma faixa com seu nome: “Holocausto Norte”.

Na imprensa brasileira o pitoresco nome gerou comentários dos mais indignados. No entanto, os colombianos pareceram não se incomodar. Como relata o jornalista esportivo Juca Kfoury<sup>2</sup>, o dono da maior editora de livros jurídicos da América Latina, a Editorial Temis, Erwim Guerrero Pinzon, assim comentou:

---

<sup>2</sup> Disponível em < <http://blogdojuca.uol.com.br/> > [Acesso em 08 mar. 2015].

Ontem ouvi no rádio algo relacionado ao assunto que mencionas. Num país como o nosso, não se esqueça que somos todos macondianos, tudo pode ser. (*Nota do blog: alusão a Macondo, a cidade fantástica, irreal, criada pelo imortal Gabriel García Marquez, em sua obra genial, “Cem anos de solidão”*). A faixa existe não é de agora, diria que há mais de 10 anos, mas até agora ninguém havia reparado nas implicações que tal escrito tem ou deveria ter. Se eu não estiver enganado, há uma torcida do América com o mesmo nome e algumas do Milionários e do Santa Fé se identificam com suásticas e até com o rosto do narcotraficante Rodríguez Gacha. Isso, para as autoridades, as do futebol e as outras, é manifestação “normal”, faz parte deste circo e não deve ser proibida porque seria ir contra a “liberdade de expressão”. Agora que cacarejam “pós-conflito” a toda hora, deveriam começar por proibir tais manifestações ligadas à ilegalidade, à corrupção e sintomáticas de uma sociedade enferma até a medula. Que façam um exercício jornalístico sério (será pedir muito na Colômbia) e que os telejornais façam uma compilação de todas as torcidas uniformizadas em todos os estádios para que tenhamos consciência de que a que ponto chegamos”.

O relato é revelador: na “sociedade do futebol colombiano” vincular uma torcida à suástica, ao holocausto e até a narcotraficantes é “normal, faz parte deste circo e não deve ser proibida porque seria ir contra a “liberdade de expressão””.

No mundo das artes amiúde textos, músicas, encenações e filmes são controvertidos. Marcelo D2, músico de hip hop, tem várias letras em que faz alusão clara ao uso da maconha. Na sua “queimando tudo”, canta:

Eu canto assim porque eu fumo maconha  
 Adivinha quem tá de volta explorando a sua vergonha  
 Eu sou melhor do microfone, não dou mole pra ninguém  
 Porque o Planet Hemp ainda gosta da maryjane  
 Então por favor, não me trate como um marginal  
 Se o papo for por aí, já começamos mal  
 Quer me prender só porque eu fumo cannabis sativa  
 Na cabeça ativa, na cabeça ativa, na cabeça ativa  
 E isso te incomoda?  
 Eu falo, penso, grito e isso pra você é foda  
 A mente aguçada, mermão  
 Eu sei que isso te espanta  
 Mas eu continuo queimando tudo até a última ponta

Inequívoca apologia ao uso da maconha, confissão de seu uso e de seus benefícios (“na cabeça ativa”), que vai de encontro ao padrão social e legal da proibição do consumo.

Rogério Leão Zagalo, promotor de Justiça de São Paulo, numa das manifestações do Movimento Passe Livre, em 2014, incomodado com o congestionamento causado por elas, escreveu num site de relacionamento:

Estou há duas horas tentando voltar para casa, mas tem um bando de bugios revoltados parando a Faria Lima e a Marginal Pinheiros. Por favor alguém pode avisar a Tropa de Choque que essa região faz parte do meu Tribunal do Júri e que se eles matarem esses filhos da puta eu arquivarei o inquérito policial... Que saudades do tempo em que esse tipo de merda era resolvida com borrachada nas costas dos medras.

Imediatamente o caso repercutiu na mídia e um clamor público uníssono pediu punição ao promotor. O Conselho do Ministério Público de São Paulo inclusive suspendeu -o de suas atividades por 15 (quinze) dias. Outra vez uma manifestação de pensamento contrariou a “massa”.

No Brasil, um caso ganhou repercussão internacional. Siegfried Ellwanger Castan, um editor e escritor brasileiro, segundo ele após visitar pessoalmente diversos campos de concentração e entrevistar testemunhas, escreveu os livros “Holocausto judeu ou alemão?”, “Nos bastidores da mentira do século”, “Acabou o gás... O fim de um mito” e “Inocentes em Nuremberg”. Basicamente nega a existência de campos de concentração com câmaras de gás para destruição maciça de judeus e propala que os arianos são superiores e os judeus inferiores como “raça”. Os segundos seriam “raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio”.

Outrossim, sua editora publicou “Hitler Culpado ou Inocente?”, de Sérgio Oliveira e “Os Protocolos dos Sábios de Sião”.

Em razão disto foi denunciado criminalmente por antissemitismo e racismo. Entre tantos argumentos de defesa, alegou que judeus não são raça, mas etnia, que os crimes estariam prescritos e, fundamentalmente, que estaria acobertado pela liberdade de expressão.

Condenado em segunda instância, impetrou o famoso *Habeas Corpus* 82424-RS, dirigindo-o ao Supremo Tribunal Federal, que foi relatado pelo então ministro Moreira Alves<sup>3</sup>.

O Supremo denegou a ordem sob vários argumentos. Um que chama atenção é de cunho científico, ao decidir que:

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pelé, formato dos olhos, altura, pêlos

3 Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>> Acesso 08. Mar 2015.

ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais

Ademais o Supremo Tribunal brasileiro invocou o Direito Comparado sob Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos, que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. E, fundamentalmente, decidiu que:

A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontrovertidos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam (...) As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

No exterior a divulgação de ideias também gera controvérsias. Um caso internacional de clara intolerância diz respeito ao atentado à sede da editora da revista francesa “Charlie Hebdo”. Sob o argumento de que profanaram o profeta Maomé, um grupo de extremistas islâmicos promoveu uma explosão neste semanário que provocou algumas mortes. Revoltados com o ocorrido, milhares saíram às ruas francesas com o slogan “Eu sou Charlie Hebdo”. Porém, um post na página do Facebook do humorista francês Dieudonné M’Bala M’Bala, mais conhecido como Dieudonné, causou grande discussão: Postou ele que “Eu me sinto como Charlie Coulibaly”. Amedy Coulibaly, dias após o atentado do Charlie Hebdo, invadiu um mercado de comida kosher e matou quatro reféns.

O humorista é investigado por suposto crime, pois embora a lei francesa garanta a liberdade de expressão, negar o holocausto e encorajar o ódio é uma infração criminal. Dieudonné rejeita as acusações e diz que sua atitude não difere da do Charlie Hebdo. Ora, se o Charlie Hebdo era provocativo, por que também não ser com ele? Em essência, este era o mote.

O site brasileiro “Porta dos Fundos” publica vários filmes controversos através da internet, todos eles disponíveis no Youtube ou mesmo no seu próprio site [www.portadosfundos.com.br](http://www.portadosfundos.com.br). Num destes, batizado de “Dura”, dois cidadãos interpelam dois policiais

numa viatura e os humilham, supostamente numa troca de papéis, posto que no imaginário popular os policiais militares são truculentos e tripudiam dos cidadãos quando das suas abordagens. Um dos artistas do filme, Fábio Porchat, sofreu várias críticas e inclusive ameaças de morte. Num blog não oficial de apoio aos policiais militares do Rio de Janeiro, houve a seguinte manifestação:

Entre diversos xingamentos no blog e pedidos para que o vídeo fosse retirado do ar, um trecho do texto dizia: “Muitos podem ver como um simples vídeo de humor e que não tem nada demais, mas, nós vemos como uma total falta de respeito com os policiais militares e uma humilhação pública de uma classe profissional que, inclusive, seus membros dão a vida em muitos casos em defesa desta sociedade podre. No tal vídeo, que já tem mais de 2 milhões de visualizações, o tal humorista humilha os policiais de todas as formas, os chamando de corruptos, truculentos, drogados, etc. Ou seja, o humorista generalizou totalmente os policiais militares e isso nos causou bastante revolta. Fabio Porchat, você não sabe o ódio que despertou em todos nós policiais militares, ao postar essa bosta de vídeo. Humilhou a todos os policiais militares e por isso estamos rebatendo sua crítica de mau gosto. Você deveria ter vergonha na cara!”<sup>4</sup>

O filme “A Dura” atingiu uma fração da sociedade e a eles causou repulsa: a dos policiais honestos. Deste modo, eventualmente um discurso ou uma ideia podem incomodar apenas um grupo determinado de pessoas, não necessariamente o padrão coletivo.

## 5. Direito de Manifestar-se Livrementemente?

Há presente nestes discursos acima descritos duas vertentes: o direito de pensar e o direito de manifestar esse pensamento, essa opinião.

Não há como impedir alguém de pensar diferente, de ter sua opinião contrária à maioria, inclusive se esse pensamento estiver revestido de preconceitos ou de ódios. O direito de pensar é livre e sequer tem como ser controlado. É de foro íntimo; decorre do próprio direito de intimidade do indivíduo.

Não há como se controlar e limitar o direito de pensar. Cada um pensa e pensará como quiser, como estiver convencido. E mesmo discursos mais convincentes talvez não tenham o condão de alterar o modo de encarar as coisas de um indivíduo.

O problema está em externar esse pensamento. Pensar, crer, ter opinião, é uma coisa; outra, é a manifestação deste pensamento.

4 Disponível em <<http://sospoliciaismilitares.blogspot.com.br/2014/02/humorista-fabio-porchat-humilha.html>> Acesso 08. mar 2015.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em seu Artigo 19 garante que

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), tratado das Nações Unidas ratificado por diversos países, em seu artigo 19(2) estabelece que:

Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

Porém, esta mesma carta impõe limites à liberdade de expressão, que deve respeitar a chamada “regra dos três passos” contidos no artigo 19 (3) do PIDCP<sup>5</sup>:

- (a) A restrição deve ser prevista em lei. Este requisito estará preenchido somente se a lei for acessível e sua formulação for precisa de modo que o cidadão seja capaz de regular sua própria conduta;
- (b) A restrição deve objetivar resguardar um interesse legítimo. Exclusivamente aqueles definidos pelos tratados internacionais;
- (c) A restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática. Deve haver uma premente necessidade social para restrição. A justificativa dada deve ser relevante e suficiente e a restrição deve ser proporcional ao objetivo visado.

E o art. 20, do PIDCP, propõe que: “1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra; 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.”

A ONU organizou, neste desiderato, os princípios Camden sobre Liberdade de Expressão de Igualdade. Eis o preâmbulo:

Esses Princípios foram preparados pela ARTIGO 19, com base em discussões sobre liberdade de expressão e igualdade envolvendo um grupo

5 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

de oficiais de alto nível da ONU e de outras organizações, assim como especialistas em direito internacional dos direitos humanos da academia e da sociedade civil, reunidos em encontros realizados em Londres nos dias 11 de dezembro de 2008 e 23-24 de fevereiro de 2009. Os Princípios representam uma interpretação progressiva dos padrões e normas internacionais, das práticas aceitas pelos Estados (como refletidas em legislações nacionais e julgamentos de tribunais nacionais) e dos princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações.

Esses princípios, dentre tantos outros, propõem que:

12.1. Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio).<sup>3</sup> Sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que:

- i. Os termos ‘ódio’ e ‘hostilidade’ se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado.
- ii. O termo ‘promoção’ deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado.
- iii. O termo ‘incitação’ se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos.

12.2. Os Estados devem proibir o abrandamento ou negação de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, mas apenas quando essas declarações constituírem discursos do ódio, conforme definição no Princípio 12.1.

12.3. Os Estados não devem proibir críticas ou debates envolvendo ideias, crenças ou ideologias particulares, ou religiões ou instituições religiosas, a menos que sejam expressões do discurso do ódio, conforme definição no Princípio 12.1.

12.4. Os Estados devem garantir que pessoas que sofreram danos reais como consequência de discurso do ódio, conforme definido no Princípio 12.1, tenham o direito a um recurso efetivo, inclusive um recurso civil por danos e prejuízos.

12.5. Os Estados devem revisar seu marco legal para assegurar que toda regulamentação de discurso do ódio se adéque ao descrito acima.

Portanto, veda-se o discurso do ódio. Mas, o que é realmente ódio? Um critério bastante interessante para qualificá-lo, e portanto cerceá-lo, é levar em consideração algumas variantes:<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Disponível em <[http://artigo19.org/centro/files/discurso\\_odio.pdf](http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf)> Acesso em 05. mar 2015.

- i. **severidade:** a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”;
- ii. **intenção:** deve haver a intenção de incitar o ódio
- iii. **conteúdo o forma do discurso:** devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados
- iv. **extensão do discurso:** o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou à um número de indivíduos em um espaço público.
- v. **probabilidade de ocorrência de dano:** o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação.
- vi. **iminência:** o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado.
- v. **contexto:** a ofensa deve ser considerada dentro de um contexto do discurso, e não de forma isolada.

Há de se tomar muito cuidado para não se classificar um discurso como incitador ao ódio, sob pena de cercear-se a liberdade de manifestação de pensamento. Deste modo, opiniões contrárias ao imaginário popular, desfavoráveis à cânones históricos, sobretudo aqueles que visitam versões históricas, não podem ser cerceados.

Amós Oz é um caso típico. Reproduz Judas, o judeu, não como um traidor, mas como um fiel servo de Jesus, apaixonado pelos ensinamentos cristãos e que resolve cumprir as profecias por acreditar sinceramente que seu mestre seria imediatamente ressuscitado. Que, ademais, Judas não traiu Jesus, mas apenas ajudou-o a cumprir a profecia; que o suicídio de Jesus não foi por remorso do que fizera, mas por decepção. Que aos olhos dos anti-semitas, os Judeus são traidores mesquinhos por serem da raça de Judas; mas esquecem que tanto Jesus quanto os demais discípulos também eram Judeus

Enfim, Amós Oz deixa claro que tanto Judas, quanto o personagem Shaltiel Abravanel, este último praticamente reproduzindo as palavras do próprio autor, são considerados traidores por tão-somente irem de encontro ao discurso do senso comum.

Em Israel, defender a existência de um estado Palestino soa como heresia, traição. Aos olhos de muitos, assim o é Amós Oz. Porém, isto passa ao largo de ser reputado como um discurso odioso. É tão-somente uma manifestação de pensamento que deve ser tolerada e inclusive valorizada.

A polêmica não é incitadora de ódio; novas versões sobre fatos históricos também não; discursos sobre excessos religiosos não são preconceituosos. Discursos pouco populares não podem ser cerceados.

O Direito de pensar e de se manifestar contra a opinião tradicional e a versão oficial devem ser estimuladas. A divergência de ideias é fundamental para a formação de um Estado democrático, verdadeiramente plural e inclusivo.

## 6. Conclusões

Na obra “Judas”, Amos Oz contraria o senso comum e a “versão oficial” que durante mais de 2000 (dois mil) anos foram incutidos no imaginário popular; Também vai de encontro aos interesses israelenses e defende a tese da formação de um estado palestino. Em razão de seu nada ortodoxo discurso, é alvo de críticas e visto como traidor dos valores do seu povo;

A divergência é elementar numa sociedade plural, com vários atores sociais de diversas matizes ideológicas, sociais, culturais e mesmo religiosas, e com vários interesses diversos em pauta;

Amós Oz é um caso típico. Reproduz Judas, o judeu, não como um traidor, mas como um fiel servo de Jesus, apaixonado pelos ensinamentos cristãos e que resolve cumprir as profecias por acreditar sinceramente que seu mestre seria imediatamente ressuscitado;

Ideias polêmicas que refogem ao padrão são num primeiro momento vistas como perigosas e censuradas, senão oficialmente, pelo imaginário coletivo;

Não há como impedir alguém de pensar diferente, de ter sua opinião contrária à maioria, inclusive se esse pensamento estiver revestido de preconceitos ou de ódios. O direito de pensar é livre e sequer tem como ser controlado. É de foro íntimo; decorre do próprio direito de intimidade do indivíduo;

Não há como se controlar e limitar o direito de pensar. Cada um pensa e pensará como quiser, como estiver convencido. E mesmo discursos mais convincentes talvez não tenham o condão de alterar o modo de encarar as coisas de um indivíduo;

No entanto, a manifestação de pensamento encontra limites. Embora um indivíduo pense, não pode externar sua ideia se ela for incitadora de ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência;

Para a caracterização de um discurso de ódio e sua censura o intérprete deve levar em consideração a severidade, a intenção, o conteúdo, a forma e extensão do discurso, a probabilidade de ocorrência de dano e o contexto;

Há de se tomar muito cuidado para não se classificar um discurso como incitador ao ódio, sob pena de cercear-se a liberdade de manifestação de pensamento. Deste modo, opiniões contrárias ao imaginário popular, desfavoráveis à cânones históricos, sobretudo aqueles que visitam versões históricas, não podem ser cerceados;

O Direito de pensar e de se manifestar contra a opinião tradicional e a versão oficial devem ser estimuladas. A divergência de ideias é fundamental para a formação de um Estado democrático, verdadeiramente plural e inclusivo.

## 7. Referências

KFOURI, Juca. Disponível em < <http://blogdojuca.uol.com.br/>> Acesso em 08 mar. 2015.

OS, Amós. *Judas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

PORTA DOS FUNDOS. Disponível em <<http://sospoliciaismilitares.blogspot.com.br/2014/02/humorista-fabio-porchat-humilha.html>> Acesso 08. mar 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-copus-hc-82424-rs>> Acesso 08. Mar 2015.

# DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA ERA TECNOLÓGICA: REFLEXÕES SOBRE O PÓS-HUMANISMO

---

MARCELO BENACCHIO

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Mestrado em Direito e Graduação da Universidade Nove de Julho. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Juiz de Direito em São Paulo.

QUEILA ROCHA CARMONA DOS SANTOS

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho. Advogada.

## Resumo

A presente pesquisa busca destacar o cenário da tecnologia pós-moderna que possibilita manipulações da natureza humana e seus reflexos sobre os direitos humanos fundamentais. Objetiva-se com este estudo refletir sobre o potencial tecnológico da pós-modernidade em face dos direitos afirmados ao longo do tempo, contrapondo o novo ao tradicional. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e a abordagem se dá pelos métodos dedutivo e indutivo. Aderindo à obra *Biotecnología y Posthumanismo* coordenada por Jesús Ballesteros e Encarnación Fernández para fundamentar a temática proposta. Cumpre ressaltar a princípio que as ameaças à dignidade da pessoa humana ganham nova roupagem. Dessa forma, ao passo que surgem novas ameaças, a ciência do Direito deve incorporar novas ferramentas para cumprir com seu papel de tutelar a sociedade.

## Palavras-chave

Direitos Humanos Fundamentais; Dignidade da Pessoa Humana; Tecnologia; Pós-Humanismo; Ética.

## Resumen

Esta investigación pretende destacar el panorama de la tecnología posmoderna que permite la manipulación de la naturaleza humana y sus efectos en los derechos humanos fundamentales. Objetiva con este estudio reflexionar sobre el potencial tecnológico de la posmodernidad frente a los derechos afirmados con el tiempo, en oposición de lo nuevo al

tradicional. La técnica de investigación utilizada es la literatura y el enfoque si da por medio de los métodos deductivos e inductivos. Se recurre a la obra *Biotecnología y Posthumanismo* coordinada por Jesús Ballesteros y Encarnación Fernández para apoyar el tema propuesto. Cabe señalar que las principales amenazas a la dignidad humana adquieren nuevo disfraz. Así, mientras surgen nuevas amenazas la ciencia del derecho debe incorporar nuevas herramientas para cumplir con su papel de proteger a la sociedad.

## Palabras clave

Derechos Humanos Fundamentales; Dignidad Humana; Tecnología; Post-humanismo; Ética.

## 1. Introdução

A presente pesquisa busca destacar o cenário da tecnologia pós-moderna que possibilita manipulações da natureza humana e seus reflexos sobre os direitos humanos fundamentais.

Diante de tecnologias que podem interferir na natureza humana com intento de promover a perfeição e por termo à deficiência em detrimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, pergunta-se: é possível impor limites a essas práticas por meio do ordenamento jurídico ou seria momento de repensar a esfera de proteção jurídica humana?

A resposta a essa pergunta requer reflexões interdisciplinares. Todavia, a princípio é possível pensar que o atual cenário tecnológico deve ter como limite a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana e respectivamente dos valores de liberdade, igualdade e solidariedade. Nesse contexto, vale ainda considerar a ética como alicerce para alargamento dos direitos humanos fundamentais em termos de um novo direcionamento do agir tecnológico.

Objetiva-se com este estudo refletir sobre o potencial tecnológico da pós-modernidade em face dos direitos afirmados ao longo do tempo, contrapondo o novo ao tradicional. Para tanto, inicia-se pelos conceitos de direitos humanos fundamentais, na sequência aborda-se a ideia de proteção da dignidade da pessoa humana na era tecnológica. Desse ponto, passa-se a tratar sobre o pós-humanismo<sup>1</sup> sob uma perspectiva de releitura dos direitos humanos fundamentais.

1 Terminologia adotada na obra referência deste estudo (*Biotecnología y Posthumanismo*. Jesús Ballesteros e Encarnación Fernández (Coord.). 1. ed. Editorial Aranzadi, 2007. Tal expressão remete à ideia do atual período histórico pós-moderno em que o desenvolvimento tecnológico paradigmático permite no campo da biotecnologia a busca da perfeição humana. Dessa forma, os processos naturais aos poucos se tornam artificiais ou se misturam em uma escala em que tudo parece benéfico ao homem. Todavia,

A presente pesquisa justifica-se pela importância de aproximar a ciência do direito à realidade contemporânea do desenvolvimento tecnológico, bem como, em razão da necessária prevalência dos direitos humanos fundamentais em face das novas ameaças à dignidade.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e a abordagem se dá pelos métodos dedutivo e indutivo. Aderindo à obra *Biocología y Posthumanismo* coordenada por Jesús Ballesteros e Encarnación Fernández para fundamentar a temática proposta.

## 2. Direitos Humanos Fundamentais

Apesar da existência de vários registros históricos acerca da proteção dos direitos do homem a partir do século VIII a. C., é relativamente recente a noção do reconhecimento dos seres humanos como categoria geral<sup>2</sup>. Os Direitos Humanos temporalmente nascem com a modernidade sob influência do iluminismo, alicerce ideológico das revoluções burguesas do século XVIII na compreensão dos seres humanos como iguais e livres.

Os Direitos Humanos são considerados direitos históricos, conquistados por meio de lutas para afirmação e ampliação dos direitos garantidores do bem-estar humano ao longo da história.

No contexto do Estado de Direito a preocupação predominante era com os direitos de liberdade frente ao poder do Estado, sendo que, na sequência, as carências percebidas e reivindicações são relativas aos direitos de igualdade. Nessa linha de desenvolvimento social tais exigências adquirem novas razões passando a ser referentes aos direitos de solidariedade na conjuntura do Estado Democrático e Social de Direito.

Essa evolução pode ser compreendida por meio do fenômeno da “dinamogenesis”<sup>3</sup> dos direitos humanos que consiste no nascimento e desenvolvimento dinâmico do direito de acordo com as necessidades apresentadas em cada momento da história.

Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano compreendem que no mundo axiológico, os valores adquirem novos contornos, que significa a adaptação dos originais às novas particularidades sociais.<sup>4</sup> Portanto, com o desenvolvimento ou nascimento de novos valores em razão das circunstâncias históricas, manifesta-se na sociedade, a necessidade de direitos específicos que protejam tais valores.

---

cabe indagar juridicamente: quais são os limites que a tecnologia não deve ultrapassar no que se refere à manipulação da natureza humana, sob pena de ferir os valores consagrados de direitos humanos fundamentais?

2 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

3 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

4 *Ibidem.*, p. 194.

Com efeito, Pérez Luño define Direitos Humanos como:

um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.<sup>5</sup>

Segundo o autor, a definição proposta busca unir as grandes dimensões que integram a noção geral dos direitos humanos, ou seja, a exigência jusnaturalista em relação a sua fundamentação e as técnicas de positivação e proteção que possibilitam seu exercício<sup>6</sup>.

Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano<sup>7</sup> sustentam que o principal fundamento dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana, sendo que, a partir do final da Primeira Guerra Mundial, em 1918, a expressão direitos humanos, vinculou-se ao valor da dignidade da pessoa humana, sob uma concepção de viver, conviver e futuro dos indivíduos dentro da comunidade.

Considerando que os direitos humanos são o resultado de uma evolução ao longo da história, que se deu por meio de lutas para conquistas de direitos, Norberto Bobbio afirma que:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>8</sup>

Portanto, os direitos humanos aos poucos foram afirmados e de tempo em tempo são ampliados para combater o poder, atender as novas carências humanas e ainda concretizar sua dignidade.

Em suma, os direitos humanos se desenvolvem em face de novas ameaças à dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, cumpre ressaltar que em um primeiro momento houve a conquista de direitos individuais relacionados aos valores de liberdade. Na sequência, se reconhece que esses direitos não são suficientes para assegurar a dignidade da pessoa humana, assim, ocorre à complementação com os direitos coletivos fundados no valor da igualdade. Após tais conquistas, a sociedade em constante evolução se modifica passando a ter novas carências

5 **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Madrid: Tecnos, 2010. p. 50, tradução nossa. (un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.).

6 Ibidem. p. 53.

7 **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 217.

8 **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

de direitos, dos quais, se destacam o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente, inclusive para as futuras gerações, sob a perspectiva do valor de solidariedade.

Importa, pois destacar a teoria do poder como basilar à formação dos direitos humanos. Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano argumentam que:

O desenvolvimento da noção de direitos humanos configura uma história de confrontação e de luta incessante pelos valores da humanidade, em que o poder imposto aos homens e sua organização em comunidades, povos e Estados, foi se perdendo nas batalhas sob a ordem da liberdade, igualdade e solidariedade (fraternidade) dos seres humanos, que se rebelaram guiados pelas luzes da razão e dos valores e sentimentos compartilhados.<sup>9</sup>

Esses movimentos de lutas para o reconhecimento e proteção de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana surgiram contra poderes que operavam em desfavor da sociedade e até mesmo da humanidade. Tratava-se da imposição da vontade arbitrária daqueles que detinham o poder sobre a coletividade.

Tendo em vista que os direitos humanos nascem para tutelar as necessidades humanas em uma dimensão não apenas individual, mas também coletiva relacionada ao bem comum. Esses direitos, entendidos como inerentes ao homem passam a ser positivados em declarações universais e regionais de direitos, bem como, em âmbito interno, nas constituições estatais.

Para Norberto Bobbio “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas”.<sup>10</sup> Portanto, os direitos humanos passam, de forma crescente, a fazer parte das constituições como resultado do reconhecimento desses direitos no âmbito dos Estados.

O autor sustenta que a Declaração Universal de Direitos Humanos é apenas o início de um longo processo de desenvolvimento dos direitos humanos, pois “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.<sup>11</sup>

Os direitos humanos têm suas origens ligadas ao direito natural do homem e ao se desenvolverem no decorrer da história, tornam-se direito positivado, tanto em escala universal quanto estatal. Destaca-se, no entanto, que a universalidade<sup>12</sup> dos direitos

9 **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 21-22.

10 **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

11 *Ibidem.*, p. 30.

12 Flávia Piovesan argumenta que o ponto de partida dos relativistas é o coletivismo, sendo que o indivíduo é percebido apenas como parte integrante da sociedade. Diversamente, sob a ótica dos universalistas, o

humanos no âmbito do multiculturalismo estatal pode sofrer diferentes interpretações, mas ainda que as culturas se diferenciem a essencialidade e natureza desses direitos não mudam, pois, em suma, são voltados à proteção da vida, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido argumenta Norberto Bobbio que após a Declaração Universal é possível ter a certeza histórica de que “toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores”.<sup>13</sup>

A Declaração Universal de Direitos Humanos é o documento que introduz a positividade dos direitos humanos. Essa declaração é considerada a mais importante, pois dela surgem as demais declarações internacionais de direitos do homem, nas esferas universal e regional. Assim, a partir desse marco inicial, as constituições em âmbito estatal passam também a reconhecer e positivar os direitos humanos.

O reconhecimento e positividade dos direitos humanos nas constituições dos Estados pode ser entendido como movimento de constitucionalismo dos direitos humanos, ou seja, positivam-se esses direitos a partir de um exercício mútuo de constitucionalização dos direitos humanos e internacionalização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são um conjunto de direitos e garantias previstos nas constituições que devem ser interpretados e refletidos em todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais positivados constitucionalmente devem promover em âmbito interno a prevalência da dignidade da pessoa humana, como parte de sua responsabilidade perante a ordem internacional, pois paralelo ao ordenamento jurídico nacional há os sistemas de proteção universal e regional que atuam como poder subsidiário à atuação estatal para assegurar a observância dos direitos humanos fundamentais.

Pérez Luño ao tratar das noções de direitos fundamentais e Estado de Direito ressalta que “os direitos fundamentais representam, por sua vez, os princípios inspiradores de toda a política estatal. Pelo que cumprem uma missão de fundamento e limite de todas as normas que organizam o funcionamento dos poderes públicos” (...).<sup>14</sup>

---

primado é o individualismo, portanto, o ponto de partida é o indivíduo, sua liberdade e autonomia, para então se chegar à coletividade. Sustenta ainda que “os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais (...) para os universalistas o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, como valor intrínseco à própria condição humana”. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 216-218.

13 **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 28.

14 **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2010. p. 219, tradução nossa. (los derechos fundamentales encarnan, a su vez, los principios inspiradores de toda la política

Os direitos humanos ingressaram nas primeiras Constituições escritas enquanto direitos fundamentais como garantia de realização da dignidade humana sendo expandidos na concretização de valores como igualdade, liberdade e justiça legitimando o Estado Democrático e Social de Direito<sup>15</sup>.

Os direitos fundamentais são caracterizados pela abertura dos conteúdos, funções, e formas de proteção permitindo sua defesa em face de ameaças e perigos que possam surgir no curso do tempo com as mudanças operadas no meio social.

Ressaltando esses aspectos Cristina Queiroz<sup>16</sup> afirma:

Não existe um *numerus clausus* de dimensões de tutela, do mesmo modo que não existe um *numerus clausus* dos perigos. Daí a origem da expressão “protecção dinâmica dos direitos fundamentais”, utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a que corresponde uma tutela “flexível, móvel e aberta” desses direitos no seu conjunto. Konrad Hesse fala a propósito, de uma “compreensão alargada dos direitos fundamentais”.

Logo, diante de tais considerações é importante ressaltar as disposições de direitos fundamentais abarcadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que fundamentam juridicamente a protecção e bem-estar da sociedade e dão base às reflexões da presente pesquisa no que se refere aos limites da intervenção tecnológica na natureza humana.

O artigo 1º, III da Constituição traz, entre outros, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, nos seguintes termos: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

Nessa linha de protecção da dignidade da pessoa humana, a Constituição ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais, prevê no artigo 5º, entre as demais previsões, a inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade, igualdade e segurança.

Assim sendo, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico pátrio tem como princípio básico a protecção da dignidade da pessoa humana. A protecção constitucional possibilita, ainda, a ampliação da protecção e criação de novos direitos como é o caso do artigo 5º, parágrafo 2º, entendido como *clausula de abertura*. No entanto, a grande dificuldade é sempre como dar efetividade aos preceitos que visam a protecção humana, sendo certo,

---

estatal. Por lo que cumplen una misión de fundamento y límite de todas las normas que organizan el funcionamiento de los poderes públicos.).

15 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

16 **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 62.

que para fortalecimento dessa proteção é essencial a complementação entre o direito interno e o direito internacional de proteção dos direitos humanos fundamentais.

### 3. A Proteção da Dignidade da Pessoa Humana na Era Tecnológica

A chamada era tecnológica corresponde ao atual período histórico da pós-modernidade<sup>17</sup> em que as descobertas e possibilidades tecnológicas são paradigmáticas. Desta feita, cumpre refletir sobre a vertente tecnológica que tem poder para interferir na natureza humana, bem como sobre os limites que devem ser preservados ou mesmo estabelecidos em prol da proteção da dignidade da pessoa humana.

Considerando pois, a pessoa humana, Rui Nunes defende que:

(...) a dignidade confere-lhe o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo nunca ser considerado como um objeto do desejo ou da manipulação de terceiros. Esta liberdade ética fundamental implica que a ciência concorra sempre para melhorar as condições de existência da humanidade respeitando a identidade do sujeito e a da espécie a que pertence. Esta linha de pensamento está na base da edificação daquilo que hoje conhecemos e valorizamos por direitos humanos fundamentais.<sup>18</sup>

Nesse sentido, cumpre afirmar que a dignidade confere à pessoa o direito de ser um fim em si mesma e não um objeto passível de manipulações. Assim, cabe à ciência e a tecnologia contribuir para o bem-estar humano, bem como assegurar a inviolabilidade da identidade do sujeito e da sua espécie sob uma perspectiva dos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade.

Conforme o autor, essa linha de pensamento se funda no respeito aos direitos humanos fundamentais amplamente consagrados.

Em termos de tecnologia, importa mencionar Francesco di Ciommo ao expor que para se chegar ao desenvolvimento da tecnologia houve primeiro a evolução da técnica. A técnica, a princípio, era o instrumento essencial para a sobrevivência do homem, sendo que, o homem era o sujeito manipulador da técnica<sup>19</sup>. Para o autor “a técnica, de instrumento

17 O atual modelo de sociedade pós-moderna, é caracterizado pela leveza das estruturas econômicas, sociais e das relações humanas, pois a exigência do momento é eficiência e mobilidade. Nessa linha, prevalece também o individualismo e a busca incessante pelos fins independentemente dos meios. Essa realidade, portanto, dificulta a criação do diálogo entre técnica e crítica como um meio para projetar o futuro tecnológico. Sobre pós-modernidade, ver: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

18 **Gene Ética**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 27.

19 **Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

a disposição do homem, tornou-se assim o seu ambiente; de meio para satisfazer as suas exigências naturais, tornou-se, em alguns aspectos, produto e, por outros, fonte de sempre novas necessidades e problemas”.<sup>20</sup>

A técnica, portanto, era o método para o homem desempenhar seu trabalho, ou seja, o caminho para chegar a determinado fim. No entanto, com a evolução tanto da ciência quanto da técnica chega-se à tecnologia que, por sua vez, passa a ocupar o lugar de destaque da técnica, agora também como fim.

Desta feita, a lógica se inverte, pois o objeto passa a manipular o sujeito. Nessa linha, aponta Francesco di Ciommo que a tecnologia e não mais a atividade humana preside a sua própria criação ao ditar os ritmos e dimensões do desenvolvimento tecnológico futuro e, em última análise, da própria existência do indivíduo.<sup>21</sup>

O significado da técnica, enquanto instrumentação nas mãos do homem para satisfazer suas necessidades naturais, era completamente absorvido pelo fim específico a que esta era destinada a perseguir. Todavia, o aumento quantitativo e imensurável da tecnologia na atualidade, possibilita o alcance de qualquer fim, o que faz mudar qualitativamente o cenário, pois não é mais o fim ético ou prático a condicionar a pesquisa científica, mas sim os resultados da pesquisa a condicionar os fins.<sup>22</sup>

De forma concisa, o autor entende que nesta era, a tecnologia produz sempre novos resultados universalmente aplicáveis, o que a torna autorreferencial e independente. Portanto, não existem valores, ideologias, nem ética, capazes de condicionar a tecnologia, uma vez que, esta nega qualquer tradição e, em seu rápido avanço se coloca como elemento de ruptura com o cenário preexistente, queimando etapas e alcançando objetivos que muitas vezes a ciência não visa.<sup>23</sup>

Logo, a revolução tecnológica reformulou as relações do ser humano com os demais seres humanos, as relações entre o ser humano e a natureza, bem como as relações do ser humano para consigo mesmo, afetando diretamente as esferas dos direitos e liberdades.<sup>24</sup>

As novas tecnologias da informação e da comunicação conduziram a humanidade para um novo patamar, revelando a insuficiência da solução dos novos desafios pela projeção do passado ao futuro em conformidade à compreensão iluminista da codificação do Direito.

20 Ibidem. p. 16, tradução nossa. (La tecnica, da strumento a disposizione dell'uomo, è così diventata il suo ambiente; da mezzo per soddisfare le sue esigenze naturali, è diventata, per certi versi, prodotto e, per altri, fonte di sempre nuovi bisogni e problemi.).

21 Ibidem. mesma página.

22 Ibidem. p. 18.

23 Ibidem. p. 20.

24 PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Los Derechos Humanos ante las Nuevas Tecnologías. In: **Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos**. PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Valencia: Tirant lo blanch, 2014. p. 18.

Há várias situações na atualidade sem paralelo no passado, a exemplo da engenharia genética e tantas outras situações semelhantes reveladoras das dificuldades do Direito em apresentar um paradigma adequado e seguro de solução. A pós-modernidade não permite as “certezas” da modernidade.

Assim, a aplicação da tecnologia no âmbito da reprodução assistida, com a maternidade de substituição, tornou incerta a antes indiscutível máxima romana - *mater semper certa est, pater autem incertus* - ante a possibilidade de não coincidência entre a gestação e a filiação nessa hipótese.

Considerando tais exemplos, cumpre considerar que o desafio da atualidade é a compatibilização entre os aprendizados do passado que repercutiram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e o futuro acerca da evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos<sup>25</sup>, porquanto a pós-modernidade com seu conjunto de tecnologias revolucionárias impõe a necessidade de se repensar a condição humana.<sup>26</sup>

#### 4. Reflexões sobre o Pós-Humanismo e uma Proposta de Releitura dos Direitos Humanos Fundamentais

Conforme abordado anteriormente o avanço tecnológico produziu diversas mudanças e novos resultados nos espaços sociais com reflexo na ciência do direito. Diante desse cenário vale repensar o papel e abrangência dos direitos humanos fundamentais frente a aplicação da biotecnologia com intuito de manipular a natureza humana.

Nicolau Sevcenko, a respeito da corrida tecnológica do século XXI, afirma que:

A aceleração das inovações tecnológicas se dá agora numa escala multiplicativa, uma autêntica reação em cadeia, de modo que em curtos intervalos de tempo o conjunto do aparato tecnológico vigente passa por saltos qualitativos em que a ampliação, a condensação e a miniaturização de seus potenciais reconfiguram completamente o universo de possibilidades e expectativas, tornando-o cada vez mais imprevisível, irresistível e incompreensível.<sup>27</sup>

O autor destaca a velocidade do avanço tecnológico, tendo em vista que em sua rápida marcha produz resultados que obscurecem a apreensão dos reais efeitos sobre a

25 LAUREN, Paul Gordon. **The Evolution of International Human Rights**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2003, p. 281.

26 DONAS, Javier Bustamante. Los Derechos Humanos de Cuarta Generación y sus Implicaciones en la Sociedad Contemporánea. In: **Los Derechos Humanos en Internet**. DONAS, Javier Bustamante; et al. Madrid: Cideal, 2012. p. 13.

27 **A corrida para o Século XXI – No loop da montanha-russa**. São Paulo: companhia das Letras, 2001. pp. 16-17.

dignidade da pessoa humana. Destarte, diante desse cenário a sociedade segue como em um loop de montanha russa, cujos movimentos causam a sensação de imprevisível, irresistível e incompreensível.<sup>28</sup>

Nesse linha de celeridade da ciência e tecnologia Michael J. Sandel sustenta que:

Quando a ciência avança mais depressa do que a compreensão moral, como é o caso de hoje, homens e mulheres lutam para articular seu mal-estar. Nas sociedades liberais, buscam primeiro a linguagem baseada nos conceitos de autonomia, justiça e direitos humanos. Essa parte de nosso vocabulário moral, no entanto, não nos equipou para abordar temas mais difíceis colocados pelas práticas de clonagem, crianças projetadas e engenharia genética. É por isso que a revolução genômica induziu a uma espécie de vertigem moral<sup>29</sup>.

Portanto, quando a ciência e tecnologia avança mais rápido que a compreensão moral e novas técnicas são postas em prática, as quais envolvem a manipulação da própria natureza humana pelo homem, o recurso aos conceitos de justiça e direitos humanos afirmados ao longo do tempo não oferece uma resposta às inquietações geradas.

Nesse sentido, cumpre destacar as raízes do pós-humanismo que se volta a exaltação da tecnologia como libertação do humano. O pós-humanismo se funda no fim do humanismo<sup>30</sup> por meio da negação à deficiência moral, física e da diferença sexual.<sup>31</sup>

Tendo em vista o objeto deste estudo, cumpre destacar a negação da deficiência física que consiste, entre outros, na licitude da eutanásia e eugenia em busca de um corpo perfeito por meio de sua total manipulação. Nessa linha, ressalta-se a criação do útero artificial para vigilância do embrião, assim como a ideia de imortalidade.<sup>32</sup>

Jesús Ballesteros expõe que não aceitar a deficiência humana é própria da ideologia puritana que persegue a perfeição e abomina a deficiência. O puritanismo admite somente a dignidade daqueles que são considerados virtuosos. A eutanásia e a eugenia são uma espécie de puritanismo da saúde que busca acabar com a deficiência física e com os

28 Ibidem.

29 **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética.** Tradução de Ana Carolina Mesquita. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 22.

30 A chave do humanismo é o princípio de que todo ser humano tem uma dignidade inalienável e, por tanto, não pode ser tratado em nenhum caso como simples meio, somente como fim. O humanismo exige a exclusão da violência e dos tratos degradantes, como a tortura contra o ser humano, assim como sua instrumentalização. BALLESTEROS, Jesús. Biotecnología, biolítica y posthumanismo. In: **Biotecnología y Posthumanismo.** Jesús Ballesteros; Encarnación Fernández. (Coord.). 1. ed. Editorial Aranzadi, 2007. p. 26.

31 Ibidem. p. 27.

32 Ibidem. mesma página.

enfermos. Pois, convém eliminar os homens naturais como se eliminava os hereges e os ímpios a fim de se chegar à pureza física.<sup>33</sup>

Com efeito, o autor aduz que a biotecnologia atualmente conta não só com a pretensão de lutar contra as enfermidades (vertente lícita), mas também com a pretensão de superar a espécie humana por meio de duas vias: a manipulação genética somática ou germinal que afeta o corpo ou a inteligência artificial que afeta o cérebro. Em ambas vias, se trata de reduzir a realidade humana a simples informação, cedendo às exigências da tecnociência<sup>34</sup> e do mercado, tendo em vista que tudo é comerciável e ou controlável.<sup>35</sup>

O capitalismo invade, portanto, as esferas pública e privada, pois o poder do capital influencia as políticas estatais, as ações dos entes particulares e ainda o comportamento humano. Dessa forma, em termos de capitalismo e mercado, Pietro Barcelona sustenta como premissa que o projeto ocidental garante o máximo de “privatização do mundo” reduzindo a esfera pública às regras do mercado; afirmando assim a indiferença e a solidão na dimensão propriamente existencial da vida<sup>36</sup>.

Nesse sentido, pode-se entender que a dinâmica do mercado torna o mundo um objeto particular passível de ser valorado. Em tal dinâmica, inclui-se os extremos da vida humana, de forma que, os efeitos do poder econômico influenciam diretamente sobre o bem e o mal, a segurança e o risco, o acúmulo de riqueza e a miséria, entre o ter direitos e o não ter direitos.

Em suma, “o mercado, como é conhecido, se rege na liberdade do indivíduo e nos seus direitos: uma perfeita circularidade além da qual não é possível <<pensar>> de outra forma”.<sup>37</sup>

Jesús Ballesteros afirma que a biotecnologia de melhoramento se apoia na redução do ser humano a informação em um duplo sentido: i- redução do corpo humano a genoma (sociobiologia); ii- redução da mente a programa informático (software). Dessa

33 Ibidem. pp. 29-35.

34 Francis Bacon aponta para o fim da separação entre ciência e técnica ao reconhecer que a ciência moderna é necessariamente, ao mesmo tempo, técnica, ou seja, poder-habilidade. Portanto, desenvolvimento científico e técnico estão indissolavelmente ligados na dinâmica complexa das RDTs (pela Pesquisa e o Desenvolvimento Tecno Científicos). Nesse sentido, ver: HOTTOIS, Gilbert. Técnica. Tradução de Maria Vitoria Kessler. In: Monique Canto-Sperber (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2013. p. 1008.

35 Biotecnología, biolítica y posthumanismo. In: **Biotecnología y Posthumanismo**. Jesús Ballesteros; Encarnación Fernández. (Coord.). 1. ed. Editorial Aranzadi, 2007. p. 28.

36 BARCELLONA, Pietro. **Le Passione Negate: Globalismo e Diritti Umani**. Troina: Città Aperta Edizioni di Oasi Editrice, 2001. p. 16.

37 Ibidem. mesma página, tradução nossa. (il Mercato, com'è noto, si rege sulla libertà dell'individuo e sui suoi diritti: una perfetta circolarità oltre la quale non è possibile <<pensare>> altrimenti.).

forma, ocorre a redução de todo ente a objeto de mercado e lucro. O interesse econômico, portanto, coisifica as relações convertendo os seres humanos em mercadorias.<sup>38</sup>

Bernadette Bensaude-Vincent, por sua vez, ao refletir sobre tecnologia e o mundo natural, salienta que está no “coração” das micro e nanotecnologia se libertar dos limites da matéria, assim, explica que o objetivo de reduzir a matéria até transformá-la em “condensados” de informação entra em harmonia com o objetivo de vida imortal. Desse modo, os esforços para armazenar cada vez mais informações em espaços menores correspondem aos esforços dos que visam afastar os efeitos do tempo sobre os corpos biológicos, resultando na libertação da matéria e do tempo por intermédio de um só projeto.<sup>39</sup>

A autora menciona como exemplo para ilustrar o potencial tecnológico para além das técnicas de aumento de performances esportivas, intelectuais, duração da vida, o “movimento transumanista”, surgido em 1980 nos Estados Unidos, que apregoa o objetivo de chegar à imortalidade. Ao citar esse movimento, a autora o define como:

Entusiasmados por uma mistura de euforia tecnológica – suscitada pelas promessas da biotecnologia e nanotecnologia – e pela confiança num futuro de regimes alimentares que garantam a saúde, eles propagam a ilusão de que seria possível afastar a morte indefinidamente, até chegando-se à sua eliminação completa.<sup>40</sup>

O potencial tecnológico e a busca por ultrapassar as barreiras naturais em prol da perfeição apresenta uma ameaça à dignidade da pessoa humana.

Conforme exposto no início deste estudo, o avanço da técnica levou à tecnologia. Com efeito, outrora a técnica era um meio (instrumento) para o homem chegar a determinado fim. Todavia, na atualidade, em muitos casos, técnica e natureza humana se confundem, dessa forma, o homem já não é o ente manipulador da técnica, pois se tornou também um meio (instrumento) da manipulação tecnológica.

Portanto, determinados resultados tecnológicos ao lado dos interesses de mercado ferem a liberdade dos indivíduos, a igualdade posto que “ao lado do direito à igualdade nasce o direito à diferença, nesses termos, “importa assegurar a igualdade com respeito à diversidade”<sup>41</sup>, assim como, a solidariedade que se caracteriza pela dependência mútua solidária que gera obrigações de uns para com os outros. Em outras palavras, atingem as três gerações clássicas de direitos humanos fundamentais.

38 Biotecnología, biolítica y posthumanismo. In: **Biotecnología y Posthumanismo**. Jesús Ballesteros; Encarnación Fernández. (Coord.). 1. ed. Editorial Aranzadi, 2007. p. 44.

39 **As Vertigens da Tecnociência: Moldar o Mundo Átomo por Átomo**. Tradução de José Luiz Cazarotto. São Paulo: Ideias e Letras, 2013. pp. 113-115.

40 Ibidem. p. 117.

41 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257.

Considerando os direitos humanos fundamentais como base para proteção do humanismo, importa citar Norberto Bobbio ao aduzir que “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.<sup>42</sup>

Nessa linha, tratando pois, de uma provável quarta geração, Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, afirmam que “é possível identificar um novo valor que concretiza a dignidade da pessoa humana para além da solidariedade: a ética, responsabilidade ou moralidade científica”.<sup>43</sup>

Os autores defendem a ética/responsabilidade científica como valor de proteção humana diante do atual desenvolvimento tecnológico em um sentido que ultrapassa a terceira geração de direitos humanos fundamentais, ou seja, o valor solidariedade.

Hans Jonas afirma que “a tecnologia assume um significado ético por causa do lugar central que ela agora ocupa subjetivamente nos fins da vida humana”.<sup>44</sup>

Em termos de ética, o autor prossegue sob o entendimento de que:

Ela tem de existir porque os homens agem, e a ética existe para ordenar suas ações e regular seu poder de agir. Sua existência é tanto mais necessária, portanto, quanto maiores forem os poderes do agir que ela tem de regular. Assim como deve estar adaptado à sua magnitude, o princípio ordenador também deve adaptar-se ao tipo de ação que se deve regular. Por isso, capacidades de ação de um novo tipo exigem novas regras da ética, e talvez mesmo uma ética de novo tipo.<sup>45</sup>

A ética, portanto, existe para guiar as ações do homem, bem como, para regular seu poder de agir. De forma que quanto maior for esse poder de agir mais essencial se torna a regulação ética.

Desta feita, cumpre apontar de modo sucinto pontos relevantes para compreensão da ética.

Paul Ricoeur explica que os termos moral e ética (um vem do latim e o outro do grego) e concernem ao campo comum dos costumes. O autor esclarece que o ponto fixo do conceito de moral pode ser dividido em duas funções: a de apontar o plano das normas,

42 **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

43 **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

44 **O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica**. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. Ibidem. p. 43.

45 Ibidem. pp. 65-66.

ou seja, princípios do permitido/proibido e o sentimento de obrigação subjetiva de um sujeito com relação às normas.<sup>46</sup>

Quanto à ética o autor divide seu conceito em dois: o de ética anterior e ética posterior. Em suma, “a ética anterior aponta para o enraizamento das normas na vida e no desejo; a ética posterior tem em vista inserir as normas em situações concretas”.<sup>47</sup>

A ética anterior se refere a uma ética fundamental que parte da linha “subjetiva da obrigação moral: do sentimento de estar obrigado” que configura a ligação entre as normas e a vida.<sup>48</sup> Em outras palavras, é possível compreender a ética anterior como uma ética geral que abrange as regras morais que orientam a vida humana de forma global para um “viver bem”.

Dos princípios gerais da ética anterior decorre a ética posterior, ou melhor, éticas posteriores que são aplicadas nos espaços da “sabedoria prática”.<sup>49</sup> Assim, por um lado existe uma ética anterior/teórica e por outro uma ética posterior/prática.

Paul Ricoeur sustenta que “o único meio de dar visibilidade e legibilidade ao fundo primordial da ética é projetá-lo no plano pós-moral das éticas aplicadas”.<sup>50</sup> Nessa linha prossegue argumentando que:

fórmulas ainda gerais que distribuem o imperativo por uma pluralidade de esferas – persistência de si mesmo, solicitude para com o próximo, participação cidadã na soberania – só se tornam máximas concretas de ação quando retomadas, retrabalhadas, rearticuladas em éticas regionais e especiais, tais como ética médica, ética judiciária, ética dos negócios, ética do meio ambiente e assim por diante, numa enumeração aberta.<sup>51</sup>

Portanto, entende-se que a ética fundamental tem profunda realização no âmbito das éticas aplicadas, sob um plano pós-moral. Desta feita, os princípios gerais de ética são concretizados efetivamente quando são incorporados e, por vezes, adequados às éticas especiais, que podem ser amplamente elencadas.

A importância da ética aplicada, ao tratar situações específicas recai sobre o contexto, à análise das consequências e à tomada de decisão. Cada área específica acaba por delimitar um objeto de investigação ética e busca definir os métodos próprios de análise.<sup>52</sup>

46 **O Justo 2: Justiça e Verdade e Outros Estudos.** Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 49.

47 *Ibidem.* p. 50.

48 *Ibidem.* p. 52.

49 *Ibidem.* p. 57.

50 *Ibidem.* mesma página.

51 *Ibidem.* pp. 58-59.

52 *Ibidem.* pp. 390-391.

Nesse sentido, convém destacar a bioética que se trata de uma ética aplicada à biotecnologia, ou seja, uma ética que parte da ética geral/anterior para regular no plano pós-moral da sabedoria prática a biotecnologia.

Logo, cada área de aplicação ética determina seu objeto de investigação e as metodologias próprias de estudo. Destaca-se que, a ética aplicada “posterior” se fundamenta a partir dos princípios da ética fundamental “anterior” e em outros princípios fundamentais. Neste caso, os princípios são readequados à nova realidade a ser conduzida.

Tendo em vista tais conceitos, cumpre afirmar que a ética pode ser a base para uma releitura dos preceitos de direitos humanos fundamentais protetores da dignidade da pessoa humana em face das novidades tecnológicas que dependendo dos fins almejados podem reduzir o que hoje se conhece por humanismo.

## 5. Conclusões

Atualmente a tecnologia permite realizar muitos desejos de homens e mulheres, fornece respostas às limitações e necessidades de outrora. Contudo, quando esse potencial chega a manipulação da natureza humana por meio da engenharia genética e melhoramento, eugenia, clonagem, entre outras práticas, é possível afirmar que se inicia uma ameaça a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a tecnologia entendida como autossuficiente para ditar seu próprio desenvolvimento causa preocupação, pois transforma o ser humano também em um meio de manipulação tecnológica.

Na dinâmica do desenvolvimento tecnológico estão também as ameaças, pois tecnologias de ponta que proporcionam benefícios ao bem-estar humano podem por outro lado ir muito além, ferindo os direitos humanos fundamentais conquistados sob árduas lutas ao longo do tempo – entre esses os direitos à vida, liberdade e igualdade.

Cumpre ressaltar, nesse ponto, que as ameaças à dignidade da pessoa humana ganham nova roupagem. Dessa forma, ao passo que surgem novas ameaças, a ciência do Direito deve incorporar novas ferramentas para cumprir com seu papel de tutelar a sociedade.

Para tanto, importa a afirmação de novos limites com base no ordenamento jurídico vigente, bem como por intermédio de uma releitura dos valores tradicionalmente consagrados de direitos humanos representados pelas gerações de liberdade, igualdade e solidariedade. Nessa linha, vale afirmar que tal releitura pode se dar pela abertura da ciência jurídica a ética, pois convém na atual conjuntura direcionar o agir tecnológico para o bem, promovendo, justiça, equilíbrio e segurança à sociedade.

## 6. Referências

- BALLESTEROS, Jesús; FERNÁNDEZ, Encarnación. (Coord.) **Biotechnología y Posthumanismo**. 1. ed. Editorial Aranzadi, 2007.
- BARCELLONA, Pietro. **Le Passione Negate: Globalismo e Diritti Umani**. Troina: Città Aperta Edizioni di Oasi Editrice, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BENSAUDE-VINCENT, Bernadette. **As Vertigens da Tecnociência: Moldar o Mundo Átomo por Átomo**. Tradução de José Luiz Cazarotto. São Paulo: Ideias e Letras, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff. et al. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DI CIOMMO, Francesco. **Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- DONAS, Javier Bustamante. Los Derechos Humanos de Cuarta Generación y sus Implicaciones en la Sociedade Contemporânea. In: **Los Derechos Humanos en Internet**. \_\_\_\_\_; et al. Madrid: Cideal, 2012.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.
- JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica**. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
- LAUREN, Paul Gordon. **The Evolution of International Human Rights**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2003.
- NUNES, Rui. **Gene Ética**. Coimbra: Almedina, 2013.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los Derechos Humanos ante las Nuevas Tecnologías. In: **Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos**. \_\_\_\_\_. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2010.

- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.
- RICOEUR, Paul. **O Justo 2: Justiça e Verdade e Outros Estudos**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SEVCENKO, Nicolau. **A Corrida para o Século XXI – No Loop da Montanha-Russa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

# DIREITOS HUMANOS, JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: A EXPERIÊNCIA DE LAGES-SC, BRASIL

---

FELIPE ASENSI

Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Santa Úrsula (USU). Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Direitos Fundamentais pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), em Empreendedorismo pela University of Maryland (UM) e em Coaching pela University of Cambridge (UCA). Foi Visiting Scholar da Universidade de Coimbra (UC). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Senior Member da Inter-American Bar Association (IABA). Membro Benemérito do Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica (ILAAJ). Membro do Comitê Consultivo Nacional da Biblioteca Virtual de Saúde (BVS-Integralidade). Membro Titular da Red Iberoamericana de Derecho Sanitario (RIDS). Membro do Conselho Curador do PenseSUS (Fiocruz). Membro da Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS). Professor convidado da FGV, PUC e IBMEC. Email: felipedml@yahoo.com.br

ROSENI PINHEIRO

Professora adjunta do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, coordenadora e líder do Grupo de Pesquisa do CNPQ LAPPIS - Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde e bolsista de produtividade CNPq nível 2. Concluiu o Pós-Doutorado em Direito pela PUC-RIO, em parceria com Università degli Studi del Piemonte Orientale Amedeo Avogadro (UNIPMN, Itália) em 2010 e o doutorado em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2000. Coordenadora do Doutorado Interinstitucional IMS-UERJ e UEA CAPES 2014-2019. Membro da Comissão de Ciências Sociais e Humanas em Saúde da ABRASCO desde 2006, Parecerista ad hoc de periódicos da área na Scielo (American Journal Health; Interface, Revista de Saúde Pública, Cadernos de Saúde Pública, PHYSYS, Ciência & Saúde Coletiva, Revista de Educação Médica, Sexualidade, Saúde e Sociedade Revista Latino Americana do CLAM Centro Latino Americano de Sexualidade e Gênero ) e membro do conselho editorial da Revista Interface, Ciência & Saúde Coletiva, Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde do ICICT/FIOCRUZ, Conselho Científico Caderno Saúde Coletiva UFRJ, e Parecerista das FAPs: FACEPE, FAPEAM, FUNTAC, FAPEMIG. É coordenadora da Biblioteca Virtual Integralidade Saúde

BIREME/PAHO/OPAS/OMS, que objetiva sistematiza a produção intelectual sobre o tema Integralidade no campo da saúde. Participante do PROCIÊNCIA (Programa de Incentivo à Produção Científica, Técnica e Artística) da UERJ a partir de 2006. Email: rosenisaude@uol.com.br

## Resumo

A judicialização do direito à saúde tende a ser pensada sob o prisma da propositura de ações judiciais, mas existe uma série de estratégias extrajudiciais que podem ser desenvolvidas com a presença do Judiciário. O objetivo deste artigo consiste em analisar a interação entre o Judiciário, os profissionais de saúde e a gestão na efetivação do direito à saúde. Para tal, foi realizada uma pesquisa em parceria com o Conselho Nacional de Justiça em 2013 e 2014 no município de Lages-SC, Brasil, que buscou analisar as estratégias locais desenvolvidas. A experiência de Lages versou sobre o Núcleo de Conciliação de Medicamentos que, a partir da interação com o Consórcio Intermunicipal e com os atores políticos e jurídicos, passou a ser ferramenta de diálogo institucional. Estes arranjos permitiram uma atuação predominantemente extrajudicial e fomentou o diálogo entre os diversos atores locais. O resultado foi a redução da litigiosidade e a ampliação de arranjos institucionais dialógicos.

## Palavras-chave

Judicialização da saúde; Diálogo institucional; Processo judicial.

## Abstract

The judicialization of health tends to be thought through the prism of the lawsuits, but there are lots of consensual strategies that can be developed within the Judiciary Branch. The purpose of this article is to analyze the interaction between the Judiciary Branch, health professionals and the representatives in ensuring the right to health. To this end, a research in partnership with the National Council of Justice was held in 2013 and 2014 in the municipality of Lages-SC, Brazil, which investigated the developed local strategies. The Lages experience was about the Conciliation Center for Medicines and its interaction with the Intermunicipal Consortium and the political and legal actors, which became an institutional dialogue tool. These arrangements allowed a predominantly extrajudicial action and fostered the dialogue between the various local actors. The result was the litigation reduction and the expansion of dialogical institutional arrangements.

## Key words

Judicialization of health; Institutional dialogue; Lawsuit.

## 1. Introdução

A relação entre saúde e direito revela, em termos sociológicos, um dos principais desafios do mundo contemporâneo. O paradigma formalista do direito, assim como o paradigma intervencionista da saúde, tem recebido nos últimos 20 anos reconfigurações das mais diversas. Isto ocorre, dentre outros motivos, por razões institucionais, tais como o fortalecimento da saúde como um direito, mas também por razões culturais, na medida em que são constituídos espaços estratégicos de reivindicação, além de uma maior compreensão dos cidadãos a respeito dos limites e possibilidades de seus respectivos direitos. Mais propriamente, a aproximação entre campos tão sólidos e com pressupostos não necessariamente congruentes gera uma nova forma de concebê-los, que esteja calcada na interdisciplinaridade.

Qualquer esforço de reflexão sobre a “fusão de horizontes” entre direito à saúde, parafraseando Hans-Georg Gadamer (1999 [1960]), significa um esforço de ampliação da própria contribuição que estes campos podem oferecer. Atualmente, direito e saúde podem ser concebidos como campos integrados, interdependentes e mutuamente constituintes e constituídos um pelo outro. Em primeiro lugar, é possível afirmar que as relações sociais são mediadas pela nossa concepção de sujeitos de direitos, de um lado, e de seres humanos, de outro. Portanto, enquanto sujeitos de direitos e seres humanos, não é possível afastar a relevância da relação entre direito e saúde na própria organização e funcionamento do “corpo social”. Medicamentos, tratamentos, normas jurídicas e decisões judiciais, antes de serem meros produtos institucionais, são oriundos de relações sociais que se estabelecem em sociedades específicas e orientam as suas práticas sociais. De modo algum esta relação é isenta de contradições e desafios, sobretudo porque estamos tratando de campos com trajetórias científicas, culturais e políticas distintas.

No período pós-constituente, que cristalizou as mudanças pelas quais as instituições jurídicas passaram no Brasil, observa-se um crescimento considerável de pesquisas<sup>1</sup> que buscam analisar a chamada judicialização, inclusive da saúde. No cenário contemporâneo, observa-se uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos, especialmente na via judicial.

De “poder tímido”, o Judiciário contemporâneo passou a ocupar uma centralidade considerável no processo de resolução de conflitos e efetivação de direitos. Como exemplo desta “timidez” institucional, é possível citar Barão de Montesquieu (1996 [1748]), que concebe o Judiciário como um mero intérprete da lei. Diante da impossibilidade fática da “lei falar por si só”, seria preciso a figura de um ser humano para expressar o que consta

---

1 Dentre essas pesquisas, é possível destacar algumas publicações que contribuem para a reflexão sobre as instituições jurídicas no Brasil, tais como Vianna et al. (1999), Arantes (2002) e Cunha (2010)

em seu texto, além de também estabelecer o alcance desta norma. Este ser humano, por ser investido da autoridade estatal de resolver conflitos e efetivar direitos, deve aplicar a lei contendo-se à sua literalidade. Conforme salienta Badinter, “assim como o juiz, porque ele é competente para resolver o conflito, para dizer o Direito, e que o Direito exprime, dentro de toda a sociedade, um sistema de valores, de modo que este juiz apareça como depositário e defensor destes valores” (Badinter, 2003, p. 10).

O Judiciário se apresenta como um ator importante no processo de efetivação de direitos, cuja proeminência, de fato, advém de suas competências e atribuições constitucionais.. Porém, é preciso considerar que há outras formas de envolvimento de instituições jurídicas que não necessariamente ensejam a *judicialização* de conflitos, pois tais instituições podem atuar independente da existência de processos judiciais.

É importante salientar que as concepções construídas pelos estudos de judicialização podem possuir limitações de diversas naturezas para pensar o Judiciário no Brasil e em outros países. A assunção do juiz como a referencial primaz na efetivação do direito pode propiciar uma a supervalorização da dinâmica judicial. Tal valorização tem sido operada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não-jurídicas de aplicação e efetivação de direitos, a exemplo a mediação extrajudicial.

É esta possibilidade de atuar de forma independente do Judiciário que permite a proeminência e o destaque de outras instituições jurídicas – tais como a Defensoria Pública e o Ministério Público - na efetivação de direitos sociais e coletivos que exigem rápida prestação, tais como a saúde. Tão importante quanto o estudo dos  *fins* de uma ação judicial, é o dos  *meios* utilizados pelas diversas instituições para efetivar direitos. Isso permite pensar uma nova forma de atuação das instituições jurídicas que vai além da mera judicialização, o que amplia ainda mais as reflexões sobre seu protagonismo no tocante à efetivação de direitos e implementação de políticas públicas.

Mais precisamente, as relações sociais podem submeter-se tanto a uma *juridicização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos pré-processuais) quanto a uma *judicialização* (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação civil pública ou algum outro instrumento processual). Na medida em que há diversas instituições jurídicas que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário – isto é, evita-se a *judicialização* do conflito<sup>2</sup>.

No Brasil, a superação da concepção de direito como expressão da lei também encontrou eco no que se convencionou denominar de *doutrina brasileira da efetividade*, que

<sup>2</sup> Para um aprofundamento teórico e conceitual da ideia de juridicização, ver Asensi (2010).

possui, dentre os seus expoentes, o jurista Luis Roberto Barroso. O argumento central desta perspectiva consiste no seguinte: para além da *eficácia jurídica* que uma norma possui, ou seja, a sua possibilidade de produzir efeitos num ordenamento jurídico porque formalmente válida, é preciso refletir sobre a *eficácia social* das normas, ou seja, a possibilidade de produzirem efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais.

Ao partir do pressuposto de que *o direito existe para se realizar*, a ideia de efetividade significa o desenvolvimento concreto da função social do direito. “Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (Barroso, 2006, pp. 82-83). Portanto, busca pensar o desenvolvimento dos direitos na prática, de modo a superar a perspectiva formalista que se traduz na mera *eficácia jurídica*. Isto se torna possível, inclusive, para pensar o direito à saúde numa perspectiva não-positivista e não-judicial.

O objetivo deste artigo consiste em analisar a interação entre o Judiciário, os profissionais de saúde e a gestão na efetivação do direito à saúde. Para tal, serão utilizados os dados de uma pesquisa que realizamos em parceria com o Conselho Nacional de Justiça em 2013 e 2014 no município de Lages-SC.

A cidade de Lages situa-se no estado de Santa Catarina e compõe um conjunto de municípios da serra catarinense. Os municípios da região enfrentam desafios de estruturação do sistema de saúde, especialmente porque estão distantes da capital Florianópolis, e também porque seus recursos são frequentemente desafiados para o fornecimento de serviços e insumos.

Em 1997, foi criado um consórcio intermunicipal que englobou 25 municípios e que existe até hoje. Do consórcio veio, em 2008, a assinatura de um Termo de Cooperação Técnica com o Judiciário, com o objetivo de estabelecer estratégias conjuntas de efetivação da saúde. Buscou-se, então, definir uma rotina de procedimentos para os processos judiciais referentes às prestações de saúde. Em 2012, fruto deste termo, foi criado o Núcleo de Conciliação de Medicamentos, com o objetivo de proporcionar uma alternativa ao modelo adversarial da judicialização.

Desde então, os atores políticos e jurídicos empreenderam diversas ações com o objetivo de definir critérios uniformes a serem aplicados na concessão de medicamentos e melhorar o gerenciamento do fornecimento dos medicamentos judiciais. Isto possibilitou o melhor atendimento aos usuários do SUS e ganhos operacionais aos municípios, por meio de diversas medidas implementadas de forma integrada. O resultado é a construção extrajudicial – a partir do Consórcio e do Núcleo – de diversas políticas públicas com a sinergia cotidiana entre o Executivo e o Judiciário.

No próximo capítulo, serão apresentados os aspectos metodológicos da pesquisa. Em seguida, serão analisados os resultados obtidos a partir da análise da interação entre

Judiciário, profissionais de saúde e gestão. Por fim, a título de considerações finais, serão apontados fatores de sucesso da experiência de Lages.

## 2. A Pesquisa

A pesquisa sobre a experiência de Lages esteve inserida num estudo multicêntrico desenvolvido nos anos de 2013 e 2014, com abrangência nacional, que buscou analisar o cenário da judicialização da saúde em parceria com o Conselho Nacional de Justiça. Para tal, foi desenvolvido um enfoque interdisciplinar a partir de uma estratégia metodológica que triangulou técnicas quantitativas e qualitativas de produção, coleta e análise de dados.

Em primeiro lugar, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, foi divulgada a todos os tribunais do país e à comunidade acadêmica uma Convocatória de Experiências de Efetivação do Direito à Saúde. Esta foi aberta à participação de todos os tribunais e magistrados do país que tenham desenvolvido algum tipo de experiência inovadora de efetivação do direito à saúde.

Os critérios de seleção das experiências foram: a) uma experiência por região do país; b) a experiência deveria ter como objeto o estabelecimento de uma política judiciária de saúde no nível local, municipal, estadual ou federal para a saúde pública ou para a saúde suplementar; c) a experiência poderia versar sobre estratégias judiciais ou extrajudiciais desenvolvidas pelo Judiciário; d) seriam valorizadas as experiências que tenham algum tipo de interlocução com a sociedade civil, a gestão de saúde, as agências reguladoras e as demais instituições jurídicas; e) as experiências poderiam versar sobre a tensão entre ações individuais e coletivas de saúde e as estratégias que foram utilizadas; f) as experiências poderiam versar sobre a relação entre o público e o privado no sistema de saúde, considerando o financiamento em saúde, a dupla entrada e a atuação das agências reguladoras; e g) as experiências poderiam versar sobre alguma questão de bioética cujo deferimento/ indeferimento pelo Judiciário provocasse impactos positivos ou negativos na saúde biopsicossocial do cidadão.

Com a seleção das experiências, dentre as quais o município de Lages-SC, foi realizada pesquisa qualitativa a respeito dos arranjos institucionais e sociais desenvolvidos para a ampliação do direito à saúde. Neste sentido, em Lages foram realizadas 25 entrevistas, sendo: sete com membros de instituições jurídicas, dez com membros da gestão de saúde, seis com profissionais de saúde e duas com usuários do SUS.

## 3. A Experiência de Lages-SC

### 3.1. *Mútua Capacitação*

Um dos principais desafios à atuação das instituições jurídicas na saúde diz respeito a seu desconhecimento técnico em relação aos assuntos específicos da saúde. Os relatos

apontam a alta utilização da mútua capacitação. Antes de ser uma atividade solitária de autocapacitação do juiz, observa-se que a mútua capacitação entre os atores políticos e jurídicos foi a principal estratégia. Afinal, a interação entre estes atores durante anos permitiu que as deficiências de conhecimento de ambos pudessem ser reduzidas. Com a mútua capacitação, ainda que informal, esses atores passaram a se relacionar mais e com mais frequência, o que permitiu o diálogo institucional.

Esta mútua capacitação contou com o protagonismo do Judiciário, que resultou na própria experiência deste município de efetivação extrajudicial da saúde. É muito comum nos relatos dos gestores a menção à importância do Judiciário para sua própria capacitação. O inverso também ocorreu, mas não na mesma intensidade nos relatos. Vejamos alguns:

Se vocês olharem o que está escrito na portinha da frente, está escrito “academia”. Nós somos uma academia. Sempre foi muito forte esse viés desses projetos. [...] Elas chegam aqui, e o que eu quero delas é que sejam pessoas íntegras, até porque daqui a pouco o pai coloca o filho pra trabalhar com a gente. Então a gente precisa ter pessoas íntegras para que a gente possa depois com o conhecimento nós vamos atrás. Agora é que demos uma paradinha do curso, mas antes era muito frequente nós realizarmos cursos formais e informais. Era semanal praticamente. Nós trabalhávamos com um grupo muito grande. É o “Paternidade”, “Isenção fiscal”, era a turma de “Recursos”, até no eleitoral nós fizemos projeto. Eu sou juiz eleitoral. Então todas as áreas a gente procura trabalhar na formação. Porque se você traz o cara “top”, ele não vai explorar pontos novos. Claro, depois o pessoal andou, o “Paternidade” é um exemplo (juiz).

Mas antes disso que eu venho de duas formações bem diferentes, antes disso pra mim era completamente diferente, você não vem para a saúde e o judiciário não vem pra você. O que é da lei você resolve lá e o que é da saúde eu resolvo aqui. Então não havia essa interação, não tinha nem discussão. Na universidade, por exemplo, eu sempre fui presidente do DCE. DCE é uma coisa que é tudo. E o curso do direito no DCE é o maior, não vou falar o palavrão que tem, mas gosta de perturbar. Por outro lado, é o que trás mais pontos para discussão. Então eu aprendi muito também com o pessoal do direito na universidade, mas sempre separando a saúde do direito. Tinha um colega meu, Everton, que atualmente é advogado trabalhista, ele era excelente mesmo jovem que me orientava. E ele sempre dizia que, fazendo meu trabalho, eu deveria pensar também pelo lado da lei, então isso foi proveitoso, pois ele me ensinava. Nessa época eu comecei, mas muito sutilmente. Na verdade eu comecei a ver essa interação e perceber que não tem como dissolver mesmo foi com o juiz daqui que meu abriu os olhos. Tanto que quando ele montou o “Paternidade”, tinha muito pessoal jurídico do direito e não deu certo, pois aí era exclusivamente o pensamento da lei, eles não tinham o olhar da humanização,

da importância do diálogo, de ouvir, do cuidado, eles não tinham isso. Quando ele juntou os dois foi aí que percebemos o quão importante foi que aí começamos a discutir saúde e direito (funcionária do Núcleo).

Dos relatos acima, podemos extrair três elementos importantes. Em primeiro lugar, a autocompreensão do Judiciário de que ele realmente pode e deve capacitar as pessoas para que possam atuar na efetivação da saúde de maneira não adversarial. Em segundo lugar, a compreensão de que a formação é fundamental, daí a realização de cursos e oficinas com regularidade mensal para criar espaços de discussão. Em terceiro, observa-se o reconhecimento da contribuição do juiz na formação dos profissionais de saúde e dos gestores. Como se trata de uma cidade pequena e com interação cotidiana entre os atores políticos e jurídicos há anos, a mútua capacitação tem criado um espaço de respeito e de colaboração entre eles.

É interessante observar que a informalidade da capacitação trouxe maior flexibilidade para que fossem usados diferentes meios de capacitar, tais como reuniões, cursos, palestras, grupos de estudo, etc. Atualmente, as estratégias de capacitação são permanentes e desenvolvidas no âmbito do Consórcio Intermunicipal e no Núcleo de Medicamentos, alcançando até mesmo os agentes de saúde.

Em diversos relatos, há tendência dos atores políticos a aceitarem e acatarem os projetos e estratégias extrajudiciais advindos do Judiciário. Não é incomum identificar nos relatos o reconhecimento do Judiciário como partícipe da política pública de saúde, e isto não é diferente no que diz respeito à capacitação.

Inclusive, como se trata de uma relação estabelecida há anos, a participação do CNJ nas ações de capacitação não foi tão relevante como aconteceu em outras experiências no Brasil. Como a experiência de Lages foi se consolidando antes mesmo da existência do CNJ, ele não foi tão importante para seu desenvolvimento, apesar de ser visto como uma instituição fundamental para o Judiciário atual. Com o CNJ, foram criadas formas de discussão compartilhada das dificuldades do Judiciário em matéria de saúde, e a experiência de Lages passou a receber dimensão ainda maior. Vale dizer que, assim como o CNJ criou os Comitês Estaduais, seu modelo foi reproduzido em Lages com a criação de um Comitê Municipal de Saúde.

### *3.2. A Construção do Projeto*

O principal objetivo do projeto foi a constituição de um espaço institucional de diálogo entre as instituições jurídicas e políticas com o propósito de promover projetos extrajudiciais calcados na prevenção de problemas de saúde e na criação de um cotidiano colaborativo e compartilhado de efetivação do direito à saúde. O projeto é oriundo da

constatação de que os atores políticos e jurídicos podem atuar de maneira integrada na efetivação do direito à saúde e independentemente da existência de processos judiciais.

Segundo relatos dos entrevistados, dentre os principais obstáculos identificados, observou-se, de um lado, a falta de compromisso dos gestores em desenvolver projetos de longo prazo e de maneira dialogada e, de outro lado, a falta de abertura do Judiciário em considerar a escassez de recursos, a dificuldade de compras de produtos e insumos, etc. Como resultado desta ausência de estratégias de pactuação para a efetivação da saúde, observou-se o crescimento da procura pelo Judiciário e um aumento da interferência das instituições jurídicas no cotidiano da gestão.

O resultado foi um “caos administrativo”, que se intensificou a partir da proliferação de mandados judiciais e da falta de padronização do seu cumprimento na gestão. Não é por acaso que a experiência de Lages teve como uma de suas primeiras premissas a padronização de procedimentos e a racionalização da atuação dos atores políticos e jurídicos.

O interesse do Judiciário pela saúde partiu de uma experiência bastante pessoal do magistrado que coordenou do projeto. À diferença de outras localidades, em Lages o interesse não foi exatamente porque o juiz teve que decidir sobre o assunto, mas porque começou a despertar um interesse especial pela saúde em si e pelas possibilidades de atuar de maneira mais ativa e extrajudicial. Observe-se o relato abaixo, que evidencia a aproximação do juiz com a saúde não somente em razão da necessidade de decidir sobre o tema:

Acredito que foi entre 2004 e 2005, em razão dos processos judiciais. E no programa de qualidade, entre 1994 e 1995, pela saúde dos meus funcionários. Eu estava no tribunal de justiça e participei de um projeto em função da saúde do trabalhador do Judiciário. Então aquela minha experiência como juiz de direito em 1994 e 1995 num programa de qualidade onde você começa a trabalhar o gerenciamento numa questão mais global e não só uma visão muito específica, você tem que olhar o todo. Essas duas experiências e a do tribunal foram bastante ricas nesse sentido. Quando eu tive esses primeiros processos eu já senti essa questão da saúde. Então eu comecei a não verificar unicamente a consequência, mas trabalhar com a causa dessas questões pra poder dar efetividade ao processo de saúde. O diferencial que eu vejo hoje do Judiciário é alterar o procedimento que o Judiciário tem com relação a essas demandas pra buscar efetividade. Porque se não buscar efetividade você está contabilizando apenas um dado e não uma vida com qualidade.

O relato de uma gestora do consórcio também reforça que o projeto não nasceu somente da judicialização da saúde, mas de fatores extrajudiciais que possibilitaram maior diálogo entre o Executivo e o Judiciário.

Nós começamos a detectar o alto índice de ações judiciais. De vez em quando o secretário ligava desesperado pra mim dizendo que o juiz deu até às 18h, até o dia seguinte, senão ele seria preso. O juiz coordenador me perguntava e eu dizia como funcionava, e a gente sempre trabalhava em parceria. Às vezes o estado e o município não estavam conversando. O estado estava fornecendo o medicamento seis meses, e o outro era o município. Aí o paciente ficava correndo para todo lado. Nós começamos a conversar porque precisamos organizar isso. Vamos fazer um protocolo de intenção pra organizar. O paciente vem pedir o medicamento e temos o genérico disponível. Vamos conversar com o profissional que prescreveu pra ele pra ver se é possível. Se for pelo princípio ativo, pelo genérico, o farmacêutico mesmo pode trocar. Se for similar, não. Se ele prescreveu um medicamento e tem um outro similar lá, é para ele dizer se pode ou não pode. Começamos a padronizar. Fizemos o primeiro protocolo. O paciente tinha que levar a receita atualizada e que precisava a cada 30 dias. E só a cada três meses ele vá ao especialista. Que tivesse um documento padrão que voltava para o médico responder antes de ir para o judicial. Que a equipe da farmácia estivesse bem informada sempre com uma lista sabendo o que é genérico e o que não é. Que fosse um atendimento humanizado. Tem uma fila, mas você está na minha frente. Agora eu vou olhar pra você e vou atender você. Não importa que a fila está grande. Depois o outro vai ser atendido da mesma forma, mas agora você é que interessa. Vou olhar pra você, vou chamar você pelo nome, vou explicar para você. Trabalhar com o funcionário que faça algo mais. Aí esse outro problema da questão da centralizada. A ideia é que centralize. E o juiz começou com essa ideia, vamos tentar. E ele insistia: “vamos fazer uma central de medicamentos judiciais. Porque se fosse o município que entregasse e fosse o estado estaria sempre ali. O paciente saberia que onde ele tem que buscar é ali”. E ele queria que fosse com o consórcio porque achava que se eu estivesse perto iria funcionar.

Sendo assim, o interesse pela saúde nasceu não somente da necessidade de se efetivar a saúde dos cidadãos, mas também em função da discussão sobre a própria saúde dos membros do Poder Judiciário. Trata-se de uma trajetória incomum na saúde, pois tradicionalmente os juízes despertam interesse maior sobre o tema por conta dos desafios presentes na atividade judicante. Isto reforça a preocupação pela saúde para além de um processo judicial.

Não é por acaso que se buscou em Lages promover estratégias extrajudiciais diversas. Essa busca pelo extrajudicial não ocorreu exclusivamente com a saúde, apesar de ter nela um exemplo visível. A aposta no desenvolvimento de projetos institucionais fez com que o Judiciário alcançasse em patamar fortemente proativo, o que foi decisivo para a consolidação da experiência. Os projetos tiveram como objetivo o aperfeiçoamento da atuação do Judiciário e, dentre seus principais efeitos, é possível observar a valorização da atuação extrajudicial.

Em 2006 e 2007, foram realizados diversos seminários sobre saúde, em que foram discutidos os desafios de efetivação e foi formado um grupo de trabalho para atuar na capacitação dos profissionais de saúde. Nessa época também se iniciaram as estratégias de capacitação de profissionais do direito através de encontros, reuniões de trabalho e *workshops* diversos. O relato abaixo de um juiz exemplifica como se iniciou o diálogo institucional:

Inicialmente foram reuniões de trabalho com a exposição do problema e a gente começou a construir em conjunto essas soluções. Então geralmente eu tinha duas reuniões por mês com os gestores de todos os graus e aí na sequência nós fomos intercalando com eventos científicos, *workshops*, seminários, oficina. A gente foi trabalhando pra gente criar. Aqui tem o material que vou passar pra vocês... é um grupo. Eu acredito que nesses seminários nós tínhamos 400 pessoas participando. Nós trouxemos o pessoal de Florianópolis e foi um dos momentos que a gente trabalhou. Então basicamente eu fazia uma portaria interna. Nós já tínhamos criado dentro desse processo aquele momento, aquela empatia com o fato de tá aproximando, de que o contato inicial partia da vara da fazenda para com eles. Então saía aqui do fórum e ia visitar as pessoas no local de trabalho. Aí depois trazemos pra cá e apontar um caminho. Esse apontar um caminho era muitas vezes de ouvi-los também. Porque você tem que dar uma direção. As pessoas têm dificuldade pela falta de estrutura também no âmbito dos municípios e no estado por outras questões de assumirem compromissos formais. Então eu fui criando de uma forma informal alguns trabalhos.

O relato de uma gestora do consórcio aponta que houve inicialmente a resistência política do Executivo. Ela informa que a “antiga administração, o antigo secretário, eles não queriam repassar o medicamento pra Central”, que atualmente é denominada de Núcleo de Conciliação de Medicamentos. Posteriormente, a partir das diversas reuniões e encontros informais, de um lado, e das transições políticas, de outro, a resistência política se converteu numa atitude mais colaborativa da gestão, o que permitiu a consolidação do diálogo institucional. Segundo uma gestora do consórcio:

Aquelas pessoas que na época não queriam contribuir, depois passaram a ser parceiros, começaram a ver com outros olhos. Porque começaram a ver as dificuldades voltando. Nós temos uma boa parceria com os gestores, mesmo com os anteriores que começaram a ver de uma outra forma. Os farmacêuticos tanto da outra administração quanto dessa começaram a entender e foram se comprometendo e começou a aumentar a parceria. Aí nós fomos buscando a OAB que é muito parceira. [...] A secretária atual tem um pouco mais de sensibilidade, ela foi muito tempo secretária municipal de Saúde. [...] Da mesma forma os advogados, os procuradores e os demais que entram com as ações. Tanto é que o presidente da OAB é

parceiro. Vai ser membro do comitê intermunicipal. Estamos em contato com a associação médica, dos farmacêuticos e bioquímicos, toda entidade privada e pública pra participar, conhecer e dar sua contribuição. Estão participando. [...] A nossa ideia é começar a investir no agente comunitário de saúde e lá na farmácia. E a parceria é bem mais significativa, não tem mais restrição.

Segundo os relatos, a vontade política não foi o único fator que permitiu a consolidação e o desenvolvimento da experiência. O “comprometimento” é algo comum nos relatos e permitiu que o diálogo institucional também fosse visto como uma oportunidade de aprendizado mútuo entre o Executivo e o Judiciário. A judicialização, que num primeiro momento foi encarada como um problema administrativo pelos gestores, passou a ser vista como um aprendizado e um sinal de que deveriam atuar preventivamente na resolução de conflitos e na efetivação da saúde. O relato abaixo, de um ex-secretário de Saúde, é exemplo disso:

Temo de avançar no sentido de ver algumas questões que me preocupam, como por exemplo, quem são os advogados que judicializam? Será que não está tudo vindo de uma mesma fonte? Quais são os medicamentos? Porque isso tem de servir como fonte de alimentação das políticas públicas, então se está judicializando água mineral sem gás todo dia, vamos pegar essa água mineral e colocar na lista básica do município, desde que haja uma prescrição correta, tem de ter esse cuidado também.

Portanto, o modo como se construiu a relação entre os atores políticos e jurídicos em Lages fez com que se construíssem novas formas de efetivação da saúde. Isto ocorre não somente em função do comprometimento destes atores com os diversos projetos realizados, mas também porque, durante anos, eles puderam interagir em diversos momentos e projetos, construindo um espaço de respeito e consideração mútuos. Conforme salienta uma gestora regional, “as pessoas vão ficando no projeto de diferentes formas”.

### 3.3. *Estratégias Formais e Informais de Efetivação da Saúde*

A experiência de Lages possui estratégias formais e informais de efetivação do direito à saúde. Mesmo com os Consórcios e com o Núcleo, observa-se a existência de ações judiciais no município, apesar de reduzidas drasticamente conforme foram sendo desenvolvidas as estratégias extrajudiciais.

Existe nas falas o reconhecimento de que a judicialização da saúde pode ter certa seletividade. Afirma-se que nem todos conhecem seus direitos e muitos outros não têm conhecimento da existência da Defensoria Pública ou possuem recursos para pagar os advogados privados. Os relatos apontam que o perfil do litigante em matéria de saúde pode ser “colonizado” pela classe média, que tem condições mais favoráveis à litigação que as

demais. Neste sentido, em Lages buscou-se compensar a seletividade do processo judicial com uma postura proativa e preventiva do Judiciário.

Não é por acaso que uma das principais preocupações do início do projeto foi racionalizar o uso do modelo adversarial do Judiciário. Assim como foram estabelecidos critérios de racionalização do fornecimento de medicamentos, também foram criados parâmetros internos para as decisões judiciais em matéria de saúde. O principal critério foi a disponibilidade prévia do medicamento na via administrativa, ou seja, se o medicamento está disponível no Núcleo, não haveria motivo para ajuizar uma ação judicial. A via administrativa seria mais rápida e satisfaria igualmente os direitos do cidadão, além de possibilitar a racionalização do uso do medicamento, conforme explicitado no item anterior. Conforme salienta um membro da gestão municipal de Lages, “o que já era disponibilizado não justifica uma ação”.

Neste sentido, buscou-se, por exemplo, evitar ações em duplicidade, que processavam o estado e/ou o município e/ou União para o mesmo medicamento. Além disso, buscou-se conferir maior resolutividade administrativa às demandas, tenham elas sido judicializadas ou não.

A busca por uma atuação mais informal também está relacionada ao reconhecimento de que o “tempo do processo judicial é diferente do tempo da saúde” e que existe certa inadequação entre a solução processual e as peculiaridades das demandas da população. O processo é binário e define quem será o vencedor e o perdedor, mas não auxilia necessariamente na efetivação do direito à saúde de maneira ampla, inclusive no que concerne a seus aspectos preventivos. O relato de um juiz é exemplo disso:

Imagine o doente tendo que esperar. O tempo dentro do processo não existe essa dimensão tempo. Mas o cara que tá do lado de fora ele conta em segundos, conta em minutos. Aqui a gente não tem essa noção de tempo, a gente tem etapa dos processos, tem fases e tem recursos, mas efetivamente a gente não sente dentro do processo o tempo. Então não dá pra você colocar demandas sociais dentro de um processo atemporal. Porque daí as pessoas ficam frustradas, as coisas não acontecem. A gente poderia pensar em outras alternativas.

A preocupação em resolver as demandas em saúde de maneira informal e extrajudicial é a tônica da experiência de Lages. O pressuposto é que o processo judicial não atende integralmente às demandas em saúde por conta do tempo de resolução, do tipo de decisão e do aparato institucional pouco aberto ao diálogo. Para efetivar a saúde, o pressuposto é o desenvolvimento de estratégias informais que sejam mais eficazes. Nas palavras do mesmo juiz, o processo seria o mesmo que o uso de um “canhão para matar uma mosca”. O relato abaixo é revelador disso:

Se ele trabalhar apenas com base no processo, não atende. Não atende porque é uma série de demandas. O processo fica muito caro. É como se você não tivesse a farmácia, nem o postinho de saúde e tivesse que ir sempre pra um hospital de alta complexidade. Quantas vezes a gente resolve lá às vezes com chá. Então eu penso que há meios alternativos, há soluções que são mais eficazes do que você sempre ter que ir pra mais complexa que é o Judiciário. Então você trazer um fato social no Judiciário sem ter tido essa outra possibilidade é como dar um tiro de canhão para matar uma mosca.

Vale dizer que o uso formal de procedimentos também encontra entraves no âmbito da gestão. Não bastaria um Judiciário mais informal se a gestão fosse completamente formalizada e burocrática. Neste sentido, tanto o Judiciário quanto o Executivo promoveram acordos e planos para que, independentemente de suas estruturas formais, adotassem estratégias informais que lhes garantissem maior flexibilidade, agilidade e adequação na efetivação da saúde. De práticas informais, o projeto se desenvolveu e, ao longo do tempo, foram formalizadas algumas estratégias, tais como o Consórcio e o Núcleo.

É interessante frisar que a estratégia informal foi uma questão de opção do Executivo e do Judiciário em Lages. Porém, isto não impediu a propositura de ações judiciais, mas as reduziu substancialmente. Mas é relevante destacar que, desde 2009, a estratégia informal (e extrajudicial) deixou de ser uma questão de opção e se tornou a única estratégia possível do juiz coordenador da experiência. Isto porque se alegou suspeição desse juiz no julgamento de demandas de saúde pelo Ministério Público, julgada procedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Sendo assim, desde 2009, esse juiz não pode decidir judicialmente demandas de saúde, concentrando sua atuação no Consórcio e no Núcleo de maneira completamente extrajudicial. Mesmo a suspeição para julgar processos judiciais não impediu o estabelecimento de diversas estratégias entre os gestores e o juiz na efetivação da saúde, o que revela a vontade política e o comprometimento institucional desses atores. A seguir, o relato do juiz:

O tribunal declarou a minha suspeição. Eu tenho um acórdão aqui do tribunal, eu não posso trabalhar com processo de saúde, porque ao longo desse período eu tomei a iniciativa de criar esse espaço e o promotor arguiu a minha suspeição porque o entendimento dele no primeiro momento era que isso estava sendo feito para beneficiar o estado em detrimento do indivíduo. Na realidade, se você perceber o protocolo que foi criado, esse trabalho foi criado em prol do cidadão. Quer dizer não pra mim, diz por escrito para que eu possa levar para o juiz e o juiz vai designar um técnico, e o técnico vai dizer: “não, está fundamentado que esse caso aqui não é esse o caminho”. Então o papel que eu tive no primeiro momento é realmente um papel diferenciado do que se espera de

um juiz. Então houve uma certa confusão porque esse é um papel de um cidadão, o que eu fiz foi o papel de um cidadão. Então não é normal para um juiz, mas isso é normal para um cidadão fazer. Eu, enquanto cidadão, tenho um dever com a minha consciência, eu não posso ver o paciente morrendo aqui na antessala com câncer e não fazer nada. O mínimo que eu tenho que fazer é ser educado, no mínimo eu tenho que levantar e cumprimentar, no mínimo eu tenho que pedir sobre a saúde dele. Agora se eu tenho o poder de fazer mais, como é que eu não vou fazer mais? Só por que eu sou juiz? Então não posso ter aquela conduta? Então isso foi entendido que eu estava ultrapassando as minhas atividades, eu estava me tornando parcial. Na verdade não, isso é uma questão de humanizar o atendimento. Agora eu vou entrar na sala de audiência e não vou te olhar? Não vou olhar pra ti? [...] Isso foi entendido de uma outra forma. Aí então o tribunal declarou e eu não aceitei. Aí foi pro tribunal e o tribunal disse: “ele é suspeito”. Aí então eu não posso mais atuar desde 2009 em processos de medicamentos.

No caso de Lages, por conta da aproximação de anos entre o Executivo e o Judiciário, o próprio estado de Santa Catarina propôs recurso à decisão do tribunal para reverter a decisão. O relato abaixo explicita como se desenvolveu a questão:

Eu estava indo para um evento e estava em Rio do Sul, tocou meu celular. Era o procurador do estado à época. Ele diz então: “olha Doutor, eu tomei conhecimento aqui. Veja e obviamente que o grande condenado é o estado. O município e o estado”. Então ele tá me ligando pra dizer: “olha, nós vamos recorrer daquela decisão, nós entendemos a sua posição e nós vamos recorrer a seu favor”. Olha que coisa interessante. Eles recorreram mas não tiveram sucesso porque o recurso não foi pra frente, mas o estado no recurso ele diz: “Qual foi o problema do juiz? É que ele foi o primeiro a fazer”. Claro, o primeiro a fazer, daí ninguém entende. Hoje há dezenas de experiências, dezenas de situações nesse sentido, então obviamente que daí fica diferente, mas o primeiro que faz corre esse risco. E eu não percebi essa situação e hoje penso até que a posição do tribunal é outra, mas foi uma decisão já mais antiga e nós estamos construindo, até com o auxílio de um outro colega, em algumas situações para eu passar a intervir, outras situações que não envolvem o medicamento em si. Envolvem uma prótese ou uma cirurgia. Eu estou aos poucos assumindo essa parte, mas eu fiquei por alguns anos realmente afastado de todos os processos.

Segundo os relatos dos atores políticos e jurídicos, a declaração da suspeição não impediu que fossem estabelecidas estratégias extrajudiciais entre o Executivo e o Judiciário. Pelo contrário, serviu como “elemento motor” para que fossem criados diversos projetos em Lages com foco no diálogo institucional e na efetivação do direito à saúde. Conforme o juiz sustenta, seria “preciso pensar fora do quadrado”, que é a atuação no interior de um processo judicial. Talvez isso tenha contribuído para as críticas que recebeu do Judiciário

e das demais instituições jurídicas no início do projeto, superadas com o tempo. Atualmente, mesmo o Ministério Público, que alegou a suspeição do juiz em 2009, trabalha de maneira mais integrada e colaborativa nos projetos desenvolvidos extrajudicialmente. “Pensar fora do quadrado” significa muito mais mediar e dialogar do que impor e decidir.

Segundo os relatos, o informal permitiria maior sensibilidade do julgador para entender os problemas suscitados, de modo a atuar na solução do problema como verdadeiro mediador. Esta compreensão de diálogo e de mediação foi fundamental para a experiência de Lages e para que as estratégias extrajudiciais tivessem efetividade. Exemplo disso foi uma greve dos médicos do hospital de Lages, da qual derivou a propositura, pelo Ministério Público, de uma Ação Civil Pública. A perspectiva da mediação e da sensibilidade esteve presente no caso concreto e foi decisiva para a resolução do conflito. Observe-se o relato do juiz:

Nós tivemos uma greve, uma notícia de greve dos médicos do hospital e aí houve uma atuação do Ministério Público, uma ação civil pública. E aí eu entendi que não era o caso de eu determinar liminarmente que eles trabalhassem, porque eles trabalhando sem remuneração eu só iria adiar o problema. Então eu preferi fazer algumas audiências públicas pra entender o problema e nós nos encaminhávamos para uma solução pacífica. Nesse meio tempo, o Ministério Público apresenta uma reclamação. Eu recebi uma determinação pra em setenta e duas horas cumprir a determinação e dar a liminar, examinar a liminar. Como eu estava num processo de negociação com os municípios da região para eles custearem uma parte desses serviços, a minha decisão saiu catorze dias depois. Um ano e meio depois nós conseguimos fazer um acordo e há três ou quatro anos hoje esse serviço vem sendo, hoje tem uma fonte de lançamento, resolveu o problema e o processo tá arquivado. Eu fui condenado, recebi uma advertência na minha ficha funcional limpa, agora tem uma advertência, porque eu descumpri a determinação de dar a liminar. Então o que acontece é que muitas vezes a sociedade espera que o juiz faça, mas se ele fizer a interpretação que é dada é outra. Porque o juiz ele é pra determinar o cumprimento da lei. Se você traz alguma outra metodologia de trabalho, aquilo é visto de uma outra forma. [...] Enquanto pacificador social eu tinha que resolver aquela questão, encaminhar aquela questão de forma efetiva. Se eu dou uma liminar eu iria causar na verdade um problema muito maior, porque daí eu ia liberar o hospital de remunerar o médico, o médico por outro lado ia se descredenciar, aí você perdeu a equipe e depois a gente percebe o que pode acontecer. Mas isso tudo eu não vejo de uma forma negativa. Muito pelo contrário, eu penso que todas essas experiências são extremamente positivas, extremamente ricas. Nós só aprendemos nessa dinâmica.

A preocupação em adotar uma nova metodologia que supere a lógica do processo não isentou o juiz de riscos e críticas, o que fez com que a atuação extrajudicial em Lages

não fosse livre de contradições. Independentemente disso, a vontade política foi fator fundamental para essa experiência, de modo que o apoio do Executivo ao juiz foi mais importante do que as instituições jurídicas para que o projeto se iniciasse. Com o tempo, as instituições jurídicas se aproximaram, e alguns projetos foram até reproduzidos em outras localidades ou abraçados pelo CNJ.

#### 4. Conclusões

A experiência de Lages foi formada a partir de uma vivência pessoal de interação entre o juiz e os gestores. Ao longo do tempo, esta relação informal se traduziu em estratégias eminentemente extrajudiciais de promoção, prevenção e recuperação da saúde, utilizando-se principalmente do Consórcio Intermunicipal e do Núcleo de Conciliação e com a participação de diversos profissionais de saúde.

Dentre os fatores de inovação da experiência, é possível destacar alguns no âmbito do Consórcio e outros no âmbito do Núcleo. No Consórcio, é possível citar a criação de um padrão comum de atuação em toda a região, que evitou sobreposições e racionalizou os gastos e investimentos. Além disso, destaca-se o diálogo do Judiciário com os gestores de saúde em prol de medidas efetivas de melhoria da comunicação formal/informal, que contribuiu para o estabelecimento de diversos projetos institucionais. Também é importante destacar a redução dos conflitos colaterais em decorrência da dificuldade de acesso à saúde pública com uma atitude proativa dos atores políticos e jurídicos que buscassem a prevenção, promoção e educação em saúde.

No Núcleo, é possível citar a verificação da real condição do paciente através de contato pessoal com este por meio de agentes comunitários de saúde especialmente capacitados pelo Núcleo. Indo além, observa-se a integração dos usuários aos programas e medicamentos que são oferecidos pelo SUS e seu acompanhamento ao longo do tempo através do Núcleo. Não somente em relação aos usuários, mas observa-se também uma integração entre os órgãos da saúde (municipal e estadual) com o paciente, Defensoria Pública, advocacia pública e Ministério Público, além do Poder Judiciário. Observa-se ainda a agilidade nos procedimentos administrativos e nos processos judiciais, especialmente com a satisfação administrativa de diversas demandas de insumos, produtos e serviços. Por fim, destaca-se a conscientização dos agentes políticos quanto às políticas públicas de saúde e a mudança de mentalidade para a construção do diálogo institucional entre Executivo e Judiciário.

Neste sentido, a partir da experiência de Lages, podemos refletir sobre como os arranjos institucionais locais podem ser decisivos não somente para a construção de sentidos do direito à saúde, mas principalmente para a sua efetivação compartilhada.

## 5. Referências

- ARANTES, R. B. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002.
- ASENSI, F. D. **Indo além da judicialização** – O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- BADINTER, R. Introduction. In: BADINTER, R.; BREYER, S.; CASSESE, A.; DWORKIN, R.; GRIMM, D.; IGLESIAS, G. C. R. **Les entretiens de Provence: le juge dans la société contemporaine**. Paris: Fayard, 2003.
- BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas** - limites e possibilidade da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CUNHA, J. R. (org). **Direitos humanos e Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- GADAMER, H. G. **Verdade e método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- MONTESQUIEU, C. de S. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes 1996.
- WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

# DIREITOS SOCIAIS, FEDERALISMO E POLÍTICAS DE MORADIA NO BRASIL

---

ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA

Pesquisa Pós-doutoral em andamento na Université de Paris X em Direitos Fundamentais e Ciência Política; Pós-Doutorado em Constitutional Law (New York Fordham University School of Law – EUA), Doutor em Direito Público (UNESA), Professor-doutor da disciplina de Políticas Públicas de Efetivação dos Direitos Sociais, no Programa de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Mestrado em Direito (UNOESC); Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da UNOESC; Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ).

ROBISON TRAMONTINA

Doutor em Filosofia (UFSC), Professor-doutor da disciplina de Filosofia do Direito, no Programa de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Mestrado em Direito (UNOESC); Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da UNOESC.

## Resumo

Este estudo faz a aproximação entre os temas dos direitos sociais, pelo lado do direito e das políticas públicas, pelo da ciência da administração, contextualizados no espaço de atuação do federalismo. Justifica-se a escolha, em razão de os primeiros se verem, via de regra, assolados por obstáculos de ordem política, jurídica, financeira, orçamentária, ideológica e, mesmo, semântico-interpretativa. A efetividade desses direitos reclama a implantação de políticas de Estado e de governo que representem compromisso permanente quanto à oferta e à garantia de acesso a determinadas prestações e a determinados serviços públicos, caracterizadores do atendimento da demanda social por vida digna, notadamente, por parte da população mais carente, que envolve expectativas desde as necessidades de subsistência mais elementares – como alimentação e moradia –, às de maior complexidade relacionadas com o desenvolvimento como pessoa e como cidadão, destinatário de uma participação crítica na vida em sociedade, tais como a educação e a cultura. Utiliza-se o método indutivo, com o propósito de relacionar os direitos sociais ao federalismo, o que se justifica pela exigência de melhor identificar os atores públicos responsáveis pelas políticas públicas, quer econômicas, quer sociais, e quais os seus deveres

jurídicos exigíveis para a concretização de resultados. Realiza-se o recorte temático sobre o direito social à moradia, com o objetivo trazer o conhecimento das principais políticas de habitação adotadas no Brasil a partir do século XX a fim de avaliar a sua eficácia.

## Palavras-chave

Direitos fundamentais sociais; Políticas públicas; Federalismo; Direito à moradia.

## Résumé

Cet'étude établie une relation plus étroite entre le thème des droits sociaux, sur le côté du droit, et de politique publique, à cote de l'science de la gestion, tout contextualisées dans l'espace de la performance du fédéralisme. C'est facilement justifié comme une choix, en raison de l'existence, comme règle générale, des obstacles politiques, juridiques, financières, budgétaires, idéologiques et, encore, de la sémantique interprétative. L'efficacité de ces droits appelle à la mise en œuvre des politiques de l'Etat et du gouvernement qui représentent l'engagement continu de l'offre et de garantir l'accès à certains avantages et certains services publics, la caractérisation de la réunion de la demande sociale pour vivre dans la dignité, notamment par le population pauvre, ce qui implique des attentes de besoins de subsistance les plus élémentaires – comme la nourriture et le logement – à plus complexe liée au développement en tant que personne et en tant que citoyen, destinataire d'une participation critique dans la société, comme l'éducation et culture. Le travail utilise la méthode inductive, afin de relier les droits sociaux au fédéralisme, ce que peut être justifié comme la meilleure condition pour identifier les acteurs publics en charge des politiques publiques, qu'elles soient économiques ou sociaux, et qui leurs obligations légales requises pour l'obtention de résultats. Le thème de la droite sociale à des logements, a été choisi comme cuore afin d'apporter la connaissance des principales politiques de logement adoptées au Brésil à partir du XXe siècle afin d'évaluer leur efficacité.

## Mots-clés

Droits sociaux fondamentaux; Politiques publiques; Fédéralisme; Droit de logement.

## 1. Introdução

Os direitos sociais reclamam efetividade mediante a adoção de políticas públicas eficazes, cujo processo de elaboração, adoção, monitoramento e avaliação, por si só, já se mostra bastante difícil, mesmo nas sociedades e Estados de mais simples organização. Este aspecto pode assumir contornos de complexidade ainda maior quando se trata de estados de

organização federativa, cujo arranjo governamental, de competências e atribuições constitucionais, pode assumir forma de mosaico caleidoscópico.

No federalismo, por vezes, as competências se postam absolutamente separadas, em paralelo; noutras, comuns ou concorrentes, interpenetradas e, em certos temas, registram um absoluto vazio, sem que nenhum ente federativo tenha recebido a incumbência clara de possuir missão constitucional àquele respeito. Além disso, regista-se maior ou menor grau de hierarquização entre as esferas políticas, embora se clame que entre as mesmas inexistente tal escalonamento.

Portanto, não bastasse a complexidade de desenvolver soluções políticas para os problemas da sociedade – quer governamentais, quer não; quando isso se situa na órbita federativa, a dificuldade é múltipla daquela. Ademais, é certo que políticas pontuais devem constituir exceção, complementares às grandes políticas de Estado, ao contrário do que frequentemente se verifica, políticas empiricamente adotadas, de forma e oportunidades isoladas, sem uma contextualização mais ampla, sem inserção em um planejamento estratégico de estado, mas impregnadas de improvisação.

Políticas públicas adequadas – quer econômicas, quer sociais –, demandam, em primeiro lugar, a identificação de seus pretensos responsáveis, os quais operarão como os verdadeiros atores sociais, seja pela protagonismo em termos de adoção de medidas materiais, de caráter concreto ou legislativas, de índole abstrata.

## 2. Políticas Públicas e Direitos Sociais – Uma Estreita Correlação

Embora se verifiquem variadas propostas teóricas para o esquema procedimental de elaboração de políticas públicas, sumariamente pode-se adotar como linhas-mestras as seguintes fases, seja mediante debate político, seja pelo método de planejamento tecnocrático: 1) o levantamento dos problemas é o ponto inicial, responsável por promover uma espécie de “brainstorm” voltado a aventar hipóteses para a formação da agenda política e posterior adoção da ação política correspondente.

Ponto central será sempre a definição de atribuições e responsabilidades, de modo a identificar a quem cabe elaborar ou implantar uma dada política. Cuida-se da definição e cumprimento da competência ou atribuição constitucional para tal, que pode ser, segundo o modelo brasileiro, legislativa ou administrativa. O encarregado de implantar poderá também, embora não seja a melhor opção, ter a função de controlar sua aplicação e aferir seus resultados. Seja em um estado unitário, seja em um estado plural (confederado, federado ou de via supranacional) não é nada simples a tarefa de compreender a complexa rede de relacionamentos entre os atores concorrentes em termos dessas atribuições, muito particularmente se considerado o caso do modelo federativo, que demanda uma interação

dinâmica entre os diversos atores constitucionais, seja para implantar, seja para controlar as políticas públicas ou o atendimento de seus objetivos.

Qualquer política reclama para seu estabelecimento a condução de amplo diálogo, intra, extra e interinstitucional, entre os diversos atores sociais e entre estes e o poder público, portanto, dentre as mais variadas esferas deliberativas, que se comportam complementarmente na construção das políticas públicas, aí incluída a própria sociedade civil, como player cada vez mais atuante, o que nem sempre se mostra de fácil adequação e execução. O desenho federal, sobretudo, hospeda algumas tensões gerais no contexto político-econômico modelo brasileiro, principalmente em temas de políticas sociais, tanto as de saúde, como as educacionais ou habitacionais, todas protagonizam sérias pressões.

Com a opção pelo modelo inovador de federalismo cooperativo pela Constituição de 1988, tem-se por necessária a complementação mútua entre as múltiplas competências constitucionais atribuídas a cada ente federado, ou seja, embora possa haver uma distribuição de competências relativamente bem delineada, nada impede, ao contrário, espera-se que os entes federados e suas entidades derivadas – como atores sociais públicos – venham a se complementar entre si.

A adoção pelo Brasil da norma ISO 26000 sobre Responsabilidade Social fez recair sobre as organizações, tanto públicas como privadas, o papel de atores sociais e o decorrente dever de agir com sustentabilidade e inclusão social. Portanto, não importa em que nível governamental ou de governança empresária se esteja, o compromisso social estará presente, o que permite concluir, sem embargo, que também ao arranjo federativo se impõe tal submissão, conforme bem pontuam Dias *et* Matos<sup>1</sup>.

Embora o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha firmado entendimento no sentido da não normatividade do texto do preâmbulo da Constituição, é também entendido pelo tribunal o papel e importância do preâmbulo como fonte interpretativa. Por isso, o fato de o preâmbulo assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores a serem preservados em todas as esferas da federação adota a forma de princípio interpretativo constitucional em busca do pluralismo social.

A Constituição impõe ao Estado o dever disponibilizar os meios materiais e condições fáticas para o efetivo gozo das liberdades públicas e dos direitos sociais para a efetivação da garantia de liberdade perante o Estado (autonomia) e, também, da liberdade por intermédio do Estado (patrocinada pelo Estado). Isso se comprova pela escolha política

---

1 DIAS, Reinaldo *et* MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas – princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 177.

do constituinte em conferir no texto constitucional, a exclusividade de um capítulo inteiro, no contexto do título II – Dos Direitos Fundamentais, na Constituição de 1988.

Não tem cabimento a discussão sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, só pelo fato de eles estarem ausentes do rol do artigo 5º<sup>2</sup>, pois que eles preenchem todos os requisitos jusfilosóficos para serem considerados direitos fundamentais. A controvérsia acerca da fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, em verdade, trabalha a serviço de quem deve pagar a conta das políticas sociais, portanto, da administração pública e da sociedade. A defender os direitos sociais têm-se os próprios destinatários das prestações, parte engajada da sociedade civil.

A respeito da participação da sociedade civil, é necessário registrar também a existência de uma parcela de pseudoatores políticos que atuam de forma demagógica ou em busca de benefícios próprios, tais como dividendos políticos, eleitorais ou não.

A arquitetura constitucional fornece rico material ao debate acerca de uma suposta deficiência de positividade dos direitos sociais: O art. 5º, parágrafo 1º<sup>3</sup>, por exemplo, menciona a aplicabilidade imediata das normas reguladoras de direitos fundamentais. Acresce a esse raciocínio o conteúdo do art. 5º, parágrafo 2º<sup>4</sup>, que reconhece *status* constitucional fundamental, operando como “cláusula de abertura ou de resgate interpretativo”.

São por ela reconhecidos os direitos identificados com os princípios (fundamentais), o regime (social-democrático) da Constituição Brasileira, assim como os direitos que decorram dos tratados internacionais (de direitos humanos).

Estes últimos exigem uma interpretação conjunta com o conteúdo do artigo 5º, parágrafo 3º<sup>5</sup> para sua efetiva equiparação ao status de norma constitucional.

Por mais reduzida que seja a densidade das normas de direitos sociais, assegurada está a sua “aplicabilidade imediata”, mesmo as que têm reconhecida índole programática. Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do STF<sup>6</sup>, em diversos votos do Min. Celso de Mello, hoje seu decano.

2 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

3 “Art. 5º, (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

4 “Art. 5º, (...) § 2º - 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.”

5 “Art. 5º, (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

6 O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário no Brasil, encarregado, dentre outras atribuições da guarda da Constituição pelo controle de constitucionalidade, nos modais concentrado e difuso.

Canotilho<sup>7</sup> considera que os direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais são: “independentes, quanto a sua irredutível dimensão subjetiva, das imposições constitucionais e da concretização legislativa”; e, ainda, “mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não direitos a prestações derivados da lei”.

Na doutrina brasileira, as normas programáticas, enquanto não regulamentadas por legislação infraconstitucional, mesmo que atingidas pela falta de “eficácia jurídica positiva”, tem reconhecida a sua “eficácia jurídica negativa ou interpretativa ou de bloqueio”. Ou seja, mesmo quando construídas como normas programáticas, as normas de direitos sociais tem o condão de servir de fonte interpretativa negativa, como limites a atuação do Estado em sentido oposto, ou seja, inibem comportamentos contrários aos interesses tutelados pelas referidas normas.

São efeitos concretos ou concretizáveis das normas veiculadoras de direitos sociais: a um, a promoção da estrita vinculação do legislador aos parâmetros por elas preestabelecidos, como normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais, sendo-lhe vedado agir em sentido contrário, o que comparativamente se aproxima do conteúdo axiológico e semântico do princípio da proibição do retrocesso. A dois, a “suspensão da eficácia” de leis e atos normativos editados na vigência da nova Constituição e que com elas conflitem, pelo mecanismo da necessária e vinculativa “declaração da inconstitucionalidade”. A três, a revogação tácita de leis ou dos atos normativos anteriores, cujo conteúdo se mostre contrário, pelo mecanismo da “não recepção”. A quatro, serem as referidas normas programáticas situadas como parâmetro interpretativo ou integrativo de normas jurídicas outras ou de lacunas do ordenamento, como bem preleciona Canotilho ao pontuar com tamanha clareza que “os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei, por virtude da Constituição, podendo, podendo ser invocados, (embora não judicialmente) contra as omissões inconstitucionais do legislador.”

Também é prestigiada pelo direito brasileiro a possibilidade de invocação ao cumprimento – bem defendida pelo dileto professor lusitano, quando identificada a omissão legislativa. Entretanto, por aqui, ela se opera com ainda maior desenvoltura, pois viável a arguição também em sede judicial.

O constituinte brasileiro fez-se arrojado, ao oferecer soluções jurídicas, para além (ou depois) das políticas – é claro, que se põem a constituir o legislador em mora constitucional legislativa e notificá-lo para que venha adimplir seu dever constitucional.

Refere-se aqui, em hipótese, à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) e ao Mandado de Injunção (MI): a primeira, de emprego concentrado e abstrato;

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador* - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 2001, 371.

o último de emprego difuso e concreto, instrumentos jurídicos que deixarão de ser, aqui, mais bem detalhados, por não se constituírem objeto central do presente trabalho.

Cabe, entretanto, registrar que, quanto à operação, há teses conflitantes: 1) tese não concretista; 2) tese concretista geral; 3) tese concretista individual, por sua vez, subdividida em: a) concretista individual direta e b) concretista individual indireta.

A principal das estratégias daqueles que se entendem contrários à eficácia fundamental dos direitos sociais é negar a fundamentalidade dos mesmos, pelo emprego alternado ou conjunto de 3 (três) argumentos topográficos, registre-se, de duvidoso embasamento teórico:

O primeiro desses argumentos se põe quanto ao posicionamento físico, no texto da Constituição Brasileira, como cláusulas pétreas, apenas dos direitos individuais, sem menção expressa aos direitos sociais (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV). Tal assertiva é francamente combatível por simples análise igualmente literal da denominação do Título II, da Constituição, - “Dos Direitos Fundamentais”, que engloba a ambas as espécies: o capítulo 1 (artigo 5º) – Dos direitos individuais e coletivos e o capítulo 2 (artigos 6º e 7º) - Dos direitos sociais.

O segundo argumento topográfico da divisão entre direitos individuais e direitos sociais se refere à classificação de Bobbio como diferentes gerações de direitos humanos, que, por isso justificaria distintos graus de fundamentalidade, atribuindo-se aos sociais a caracterização como “direitos de 2ª ordem”. Contra esse argumento, basta recorrer ao princípio da historicidade dos direitos humanos, que reconhece a evolução do reconhecimento dos direitos humanos, segundo processo gradual que acompanhou a própria luta da sociedade, primeiro, pela liberdade (Sec. XVIII); depois, pela igualdade (Sec. XX).

Portanto, a classificação decorre da evolução histórica na luta pelo reconhecimento, mas em nada se relaciona em termos de juízo axiológico comparativo entre essas duas classes de direitos.

O terceiro argumento, também topográfico, ainda como variante dessa mesma linha de sustentação, reside no fato de os direitos individuais e sociais terem sido, quando objeto de pactuação pela Organização das Nações Unidas, posicionados em diferentes documentos.

Sim, de fato, a ONU adotou: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e, separadamente, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O que não sustenta a justificativa de tratamento diferenciado em termos de cogência e fundamentalidade; tal sustentação tem manifesto intuito denegatório da eficácia fundamental e pode ser combatido pela simples invocação do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, que não admite segmentação axiológica entre os mesmos, qualquer que seja a razão taxionômica de organização dos mesmos em classes, espécies, tipos etc.

Certo é que os direitos sociais têm assento constitucional e como tais são dotados de fundamentalidade, em diferentes graus e, segundo a relação de pertinência com cada indivíduo da sociedade, sendo compreensível que: a) as limitações de recursos do Estado não permitem entregar todos os direitos sociais a todas as pessoas componentes da população (tese de reserva do financeiramente possível); b) seria utopicamente desejável que se pudesse prestar a tutela social nos parâmetros máximos, para atender à população em geral (tese da máxima efetividade das normas constitucionais dirigentes); c) de outra sorte, se não é viável dar tudo a todos, tampouco se admite que as limitações orçamentárias possam justificar negar a determinada parcela dos indivíduos, as prestações mínimas necessárias à vida humanamente digna, permitindo-lhes viver abaixo do nível mínimo admissível de dignidade (tese do mínimo existencial).

Sarlet<sup>8</sup> registra a efetiva dependência de fatores econômicos e jurídicos para o atendimento de direitos sociais prestacionais positivos, o que consubstancia verdadeira limitação fática à efetivação desses direitos, que por essa mesma razão, são ditos como dotados de relatividade, ao se verem condicionados: por vezes, à disponibilidade de recursos públicos; por outras, à necessidade de interposição legislativa para a sua regulamentação.

Quando cabalmente demonstrada, por meio de fatos e balanços de custos e resultados administrativos, a teoria da reserva do financeiramente possível, pode apresentar-se como argumento de redução, mas jamais como excludente de responsabilidade quanto à obrigação administrativa no financiamento de certos direitos sociais enquadrados no que se reconhece como “mínimo existencial”.

O argumento segundo o qual, o Estado somente é dado por obrigado, dentro dos estritos limites que lhe sejam de razoável realização, sob a ótica material, perde espaço em razão da efetiva necessidade a ser suprida em termos de mínimo vital e de ideal de dignidade em termos de interesses jurídicos legítimos dos indivíduos, isolada ou coletivamente considerados.

Para o atendimento ao arranjo fático entre a necessidade de suprir as demandas sociais da população e de aperfeiçoar o necessário emprego de recursos sabidamente escassos, mais clara se mostra a inter-relação poder econômico *versus* efetividade.

De outro lado, ante a observância obrigatória do princípio republicano da eficiência, pela administração pública – direta, indireta ou descentralizada –, uma menor pujança econômica, pura e simples, não serve de “salvo conduto” ao estado ou seus representantes, face à omissão ou deficiência, no plano concreto, de seu dever prestacional dos serviços públicos, quer parciais, quer integrais. Há de se registrar uma severa recessão para se acolher certos argumentos, e ainda assim, muito restritamente.

---

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 288.

Quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, o conjunto indica a clara imprescindibilidade do debate pela busca da harmonia das relações estado x população, mediante a ação horizontal e conjunta, cooperativa, de todos os entes federados, em todos os níveis, conforme o esboço federativo do considerado.

Já, quanto à forma de estado, no federalismo ou nos federalismos, cada estado em sua vida política acaba por desenhar – com fatos e escolhas – o seu próprio modelo federal, não sendo nada fácil, como já pontuado na visão iheringiana, forçar o enquadramento da realidade aos *standards* preexistentes.

As políticas públicas de Estado ou governamentais, no contexto do Federalismo não podem se conformar a uma dimensão estática na extensão ou no tempo; ao contrário, precisam comportar arranjos dinâmicos, aptos a se adaptarem às necessidades de cada sociedade, a cada tempo, como forma intuitiva de cumprimento do mandamento lassalista de conformação da realidade constitucional aos “fatores reais de poder”.

A título de atualidade, entretanto, obriga tristemente registrar que, embora em contexto de crise econômico-financeira aguda, quando o Estado se vê obrigado a rever todas suas metas fiscais, por verdadeira e absoluta inexistência de recursos, o argumento da exigibilidade sofrerá uma mitigação fática, que em nada desqualifica a sua força axiológica ou normativa, mas, diante das impossibilidades fáticas, terrivelmente pode comprometer a efetiva entrega dos prestações ou dos serviços tão necessários à vida digna.

### **3. Políticas Públicas Sociais – Tensões Federativas na Tomada de Decisões sobre Políticas e na Repartição de Recursos Financeiros**

Historicamente, a forma de administração adotada, desde a proclamação de República no Brasil até a primeira quartel do século XX mostrou-se, mesmo com variações e matizes, centralista e burocrática, de postura privatista, com moldes europeus de rígida hierarquização financeira.

No Brasil, vigorou a denominada política do “café com leite”<sup>9</sup> até 1930, depois substituída pelo chamado “Estado Novo”, que alterou a prevalência do poder político com centralismo público interventor e redução do espaço privado, mudança inspirada no modelo rooseveliano<sup>10</sup>, de origem norte-americana.

9 Nome dado à política vigente no Brasil, durante a chamada 1ª República, período em que se alternavam no poder as oligarquias dos estados de São Paulo e de Minas Gerais, cujos poderes econômicos repousavam, respectivamente, sobre as suas ricas produções de café e de laticínios.

10 O *New Deal* adotou viés intermediário, a um só tempo permeado pelo ideário cooperativo, e por gestão inovadora, mas, com índole interventora que promoveu resultados muito favoráveis nos anos seguintes à Crise de 1929.

Na Europa, a autoadministração marcou a introdução da noção de ideal gerencial, sob as ondas do *New Public Management*, que inovou ao implantar o “estado gerencial europeu”, por lá desdobradas no pós II Guerra e que serviriam de inspiração ao desenvolvimento de um modelo alternativo, também chamado nos Estados Unidos de estado regulador, e que veio a substituir à práxis do estado liberal e à do estado-providência, ambas dali em diante superadas.

As inovações gerenciais implantadas na Europa chegaram ao Brasil com certo atraso (*delay*), já que as práticas burocráticas centralistas e interventivas se prolongaram até o último quartel do século XX, tendo seu declínio materializado somente por sucessivas crises econômicas nos anos 1970 (alta do petróleo), 1980 (mercado financeiro internacional) e 1990 (recessão econômica) do século XX que apontaram para a necessidade de redução da estrutura operacional do Estado e dos consequentes ônus de funcionamento de suas máquinas, cuja racionalidade financeira exigia inexorável redução dos custos públicos. Surpreendentemente, o Brasil atravessou muito bem a crise econômico-financeira global de 2008, fruto dos muitos anos de reestruturação econômico-administrativo desde os anos 1970.

A definição das agendas e a alocação de recursos a serem aplicados às políticas sociais demanda um amplo debate nacional acerca da origem dos recursos para fins não só de fiscalidade, mas, sobretudo, de planejamento estratégico, o que nem sempre ocorre.

Cresce em importância a discussão em torno da vinculação de receitas e sua consequente destinação de recursos a determinados objetivos sociais, como se verifica predominantemente com a educação e a saúde.

De igual tensão se faz a disputa entre outros objetivos por parcelas orçamentárias, assim como de cada ator político por recursos aptos ao atendimento das prestações sociais. Veja-se o caso emblemático da disputa por recursos se deu com relação à chamada Lei Kandir, em matéria de exportações, que ainda hoje causa grande insatisfação nos estados da federação, especialmente porque as iniciativas protagonizadas pela União, como representante da República Federativa do Brasil nem sempre representam efetivamente os reais interesses de cada unidade da federação, ao contrário, por vezes entram em choque com os de outros entes.

Registre-se também a existência de nuance semântico entre as diferenças doutrinárias entre a lei “federal” e lei “nacional”, referentes aos reais destinatários de cada lei aprovada no Congresso Nacional: a um, a esfera federal, ou seja, órgãos e interesses da União; a dois, a esfera nacional, quando se projeta em obrigatoriedade e executoriedade sobre todos em âmbito nacional.

A dinâmica federalista brasileira, inicialmente inspirada no modelo dual norte-americano, contudo, em que pese sua aparente harmonia arquitetônica, provocou grandes e variados descontentamentos, principalmente nos Estados-membros.

Pode-se exemplificar pela insatisfação com o sistema político, em razão de alegada desproporcionalidade na repartição das vagas no parlamento, vale dizer, que o sistema representativo proclamadamente “proporcional” à população dos estados, na prática, em razão de mecanismos contramajoritários, se mostra mais generoso com os componentes menos populosos do que com os de maior volume demográfico, que por isso se consideram injustificadamente prejudicados; outro ponto de tensão se verifica quanto à receita orçamentária, que arrecadada muito concentradamente pelos tributos de competência da União, demandam repartição entre os entes federativos, como se dá com o Fundo<sup>11</sup> de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM). As reclamações são de variadas ordens, desde os critérios de distribuição, até a própria operação do sistema, em termos de atendimento preferencial aos estados governados pelos mesmos partidos da base governamental, em prejuízo dos estados geridos pela oposição.

A eficácia das políticas sociais e a potencial – mas não necessariamente consequente – eficácia dos direitos sociais sofrem forte influência de iniciativas voltadas a reformular a prestação dos serviços públicos essenciais tais como saúde, educação e transporte, de modo a reformulá-los a fim de conferir-lhes mais eficiência.

A esse respeito, novas investidas que visem ao redesenho do arranjo de atribuições federativas, em especial no tocante às responsabilidades das distintas esferas governamentais no atendimento dos direitos sociais, são frequentemente muito discutidas, mas de difícil consenso.

Basta que sejam examinadas as muitas reformas administrativas pelas quais trilhou a nação (EC19/98, EC41/04 e EC 47/05), assim como as tantas reformulações dos sistemas de saúde e educação, mesmo a guisa de exemplo, para constatar que os temas são complexos e não existem soluções mágicas.

No momento presente, todos os debates em torno de recursos para os direitos sociais e do necessário financiamento de suas políticas prestacionais se inclinam para a vinculação dos *royalties* a serem percebidos da prospecção e exploração do petróleo na chamada

---

11 Principais formas de transferências constitucionais de recursos públicos, constituídas de parte dos tributos arrecadados por ente(s) federados “superiores” e que devem ser repassados, ou seja, repartidos com os inferiores, segundo previsão constitucional, decorrente de uma lógica tributária justificável pela hipótese de incidência (fato gerador) em relação a um determinado vínculo com a entidade a ser beneficiada por parcela da repartição. São também tidas por principais transferências constitucionais, além do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), ambos com previsão pelo art. 159 da Constituição Federal, Imposto Territorial Rural (ITR), o Imposto Sobre Operações Financeiras/Ouro (IOF-Ouro), o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) e o Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados (FPEX). Fonte: Secretaria da Tesouro Nacional do Brasil. ([www.tesouro.fazenda.gov.br](http://www.tesouro.fazenda.gov.br))

camada do “pré-sal”<sup>12</sup>, o que tem intensificado a pressão sobre o pacto federativo principalmente quanto à divisão desses recursos.

A crise se resume, em apertada síntese, à discussão sobre os critérios de repartição das receitas decorrentes da exploração de petróleo na chamada “camada do pré-sal”, objeto de concessão a empresas exploradoras.

Os estados produtores, como potenciais suportadores dos riscos da atividade econômica reagem à ideia de ter de repartir os dividendos com outros estados não produtores, por entenderem que o petróleo sairá de seus “territórios”.

Do lado oposto, posicionam-se os estados não produtores a alegar o princípio da solidariedade social, no sentido de que os produtores devem ser generosos em termos de justiça distributiva e dividir esses benefícios com todos os demais estados-membros da Federação.

Ocorre que a exploração e a lavra das jazidas de petróleo constituem monopólio da União<sup>13</sup>. Discute-se se ao proprietário do solo se garante a participação nos resultados dessa exploração, conforme a lei definir. Isso porque a Constituição assegura essa participação<sup>14</sup> na lavra dos minerais.

Então, primeira discussão é se o petróleo é um mineral ou não. Há duas teorias confrontantes: a teoria da origem estritamente mineral<sup>15</sup> e a teoria orgânica<sup>16</sup>. Além dessa disputa científica, outra se consubstancia sobre qual o conteúdo da norma jurídica legislativa a ser veiculada pela mencionada lei.

12 Refere-se à inovadora forma de exploração de petróleo existente em camada ainda mais profunda do que a tradicionalmente explorada e que fica abaixo da crosta terrestre, formada por sal em forma de rocha petrificadas muito profundas, depositados sob lâminas menos densas e localizado no fundo dos oceanos. (Fonte: [www.brasilecola.com/química/combustiveis](http://www.brasilecola.com/química/combustiveis))

13 “Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;”

14 Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) § 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

15 A teoria estritamente mineral afirma que o petróleo se formou a partir de carburetos (de alumínio, cálcio), que submetidos à hidrólise, deram origem à hidrocarbonetos (metanos, alcenos, etc). Estes sob pressão e por aquecimento, teriam se polimerizado e condensado, originando o petróleo. (Fonte: <http://www.guiafloripa.com.br/sites/energia/trivia/petroleo.php>)

16 A teoria orgânica alega que a presença de compostos nitrogenados, clorofilados e hormônios no petróleo pressuporia a participação animal e vegetal na sua formação. (Fonte: <http://www.guiafloripa.com.br/sites/energia/trivia/petroleo.php>)

Trata-se de disputa política controvertida, a primeira vista sobre este tema de assento constitucional, partindo-se da ótica de propriedade da área de exploração, parece claro não se tratar de repasse dos dividendos pelos estados produtores aos estados que não conjugam da produção e, por lógico, dos riscos inerentes à mesma.

De outra sorte, o ideal distributivo aristotélico nunca pode ser a priori descartado, pois diante do vínculo de relacionamento nacional não devem as unidades federativas fechar as portas a nenhum tipo de negociação harmonizadora, especialmente diante do dever de considerar o princípio da cooperação entre os entes da Federação.

Uma pauta de discussões bastante sugerida sobre o tema é: a quem cabe definir se a exportação do petróleo, por exemplo, é prioritária em relação a eventual exploração por nacionais ou estrangeiros, ou ainda se a exploração com exclusividade por empresas nacionais deve ser prioritária.

Em decisões centralizadas pela União, sem que se tenha oportunizado um amplo debate nacional com a participação dos entes federados, provoca-se intenso desconforto e confronto entre os estados e municípios, principalmente os que produzem o petróleo e suportam solitários os ônus da produção, notadamente os riscos ambientais e o incômodo da pesada logística que a atividade impõe.

Nesse particular, por exemplo, o tema da licitação para a concessão da exploração dos duzentos e oitenta e nove blocos de jazidas petrolíferas da denominada “camada do pré-sal” foi que mais despertou tensão, internamente, pois, nem ao certo se teve informação exata acerca do valor de mercado dos mesmos.

Ademais, a discussão dos royalties a serem pagos em decorrência da exploração também preocupa muito, posto que seu valor percentual não ultrapassa a casa dos 15% (quinze por cento) da receita total – o que se afigura muito baixo.

O debate federativo tem uma potencialidade represada tão forte que constituiu tema dominante dos debates de tramitação da lei nº. 12.351/2010, reguladora da matéria, ao ponto de a concessão de compensações às indústrias petroleiras estrangeiras, supostamente em detrimento dos interesses internos, ter passado de forma muito discreta, quase despercebida da opinião pública.

Diante da intensa e tensa guerra interna estabelecida pelas disputas entre os estados-membros da federação pela repartição dos minguados 15%, quando o debate central poderia e mesmo deveria ter-se instaurado quanto à concessão ou não dos referidos campos de exploração, o qual deveria ter sido conduzido em nível nacional e permeado de maior transparência possível, especialmente, por se tratar de riqueza natural esgotável, tutelada pela via da preservação ambiental e constituir forma de exploração inédita, cujos riscos ambientais são meras expectativas, sem estudos conclusivos.

Em vez de, internamente, digladiar pela divisão dos ínfimos retornos em termos de royalties, poderiam os estados-membros, por intermédio do contraponto de equilíbrio que sempre pode representar o Senado da República, ter-se contraposto à iniciativa da União de promover as rodadas de negociação dos lotes e áreas de exploração, sem que antes fosse consultada a população local envolvida e mesmo a nação – como soberana proprietária dessas riquezas - sobre a conveniência ou não de explorar ela própria os referidos campos, ainda que de forma mais distribuída no tempo, menos agressiva ao meio ambiente, e, por seguro, mais durável e quiçá também mais rentável aos brasileiros.

#### 4. Direito Social à Moradia na Ordem Internacional, Constitucional e Latino-Americana

Elaborado pelo Conselho de Direitos Econômicos da Organização das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966 (artigo 11, § 1º)<sup>17</sup>, só foi ratificado pelo Brasil em 1992; a inclusão da tutela do direito à moradia só alçou assento constitucional com a Emenda nº. 26 à Constituição brasileira, promulgada ano de 2000; conforme registra Milagres<sup>18</sup>, outros textos internacionais dos quais o Brasil é signatário dão atenção ao direito à moradia direta ou indiretamente.

Sarlet<sup>19</sup> informa que sessenta e cinco anos após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em torno de cinquenta constituições reconhecem o direito à moradia em seu texto legal, o que para um universo de cerca de duzentos Estados reconhecidos no mundo não parece ser tão expressivo.

Por outro lado, se tomar em conta que os direitos sociais têm sido reconhecidos em diferentes graus de fundamentalidade, em certos países desenvolvidos, a carência de condições de moradia é fato absolutamente fora de contexto.

Já em outros países, imersos em profunda instabilidade político-institucional e econômica, ao contrário, a situação de desatendimento ao mínimo vital é tão preocupante que, temas como saúde, segurança, manutenção da ordem pública e educação se mostram tão incipientemente assegurados que, ainda, nem sequer se cogita atribuir *status* de direito fundamental à habitação.

17 “Art. 11, § 1º. Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.”

18 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 92-95.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 690.

A referência de cerca de 50 (cinquenta) estados constitucionais reconhecerem o direito à moradia passa a ser considerável, se examinada no cenário dos estados restantes resultantes da exclusão dos enquadrados nesses dois extremos:

A um, entre o acesso à moradia não constituir tema de maior preocupação ou tensão, porque o fato de ter onde morar dignamente já é realidade incorporada ao patrimônio jurídico da esmagadora maioria das pessoas.

A dois, de outra sorte, estados onde a falta de mínimas referências de habitabilidade em condições de saúde, higidez e conforto convivem com estado de barbárie, tão caótico, que as mínimas noções de sobrevivência e integridade física assumem total proeminência, ao ponto de não se imaginar arguir um direito a prestações que ultrapasse a ordem pública mínima – asseguradora do direito à vida e de ir e vir, segundo modestas referências de liberdades civis e de prestações mínimas de atendimento à saúde básica, quando se tem.

Assim, nos países de modernidade tardia, mas em processo de desenvolvimento econômico e institucional e, sobretudo, de inclusão social.

Por isso é que, Milagres<sup>20</sup> informa que no âmbito da América Latina, enquadrados neste perfil, grande parte dos países contemplam a garantia do direito à moradia em seus textos constitucionais, como se verifica nas constituições de Uruguai, México, Paraguai, Colômbia, Honduras e Nicarágua, em cujos textos figura a previsão de que – de uma forma ou de outra – “todos têm direito a uma moradia digna”.

A constituição do Equador menciona o “direito a uma moradia adequada e digna”; a da Bolívia, o “direito a uma moradia adequada”; as da Guatemala e da Costa Rica cuidam da proteção e do incentivo à construção de moradias populares, respectivamente.

Verifica-se, portanto, no cenário de pobreza latino-americano, a assunção em sede constitucional de compromisso expresso e explícito com a necessidade de promoção de políticas públicas e ações de governo e sociais – públicas e privadas, portanto – voltadas a garantir o direito social à moradia.

Milagres<sup>21</sup> agrega, nesse particular, também de modo específico, os paradigmas de Argentina, Costa Rica, Paraguai e México nos quais a tutela se projeta mais ampla, ao ponto de atribuir à moradia a natureza jurídica de bem de família, como se veio e se dar no Brasil.

A Constituição brasileira permite, em seu texto, correlacionar o direito social à moradia direta ou indiretamente com muitos dos princípios fundamentais da República, com *locus* topológico nos quatro primeiros artigos de seu texto.

20 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105-106.

21 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)<sup>22</sup>, assim como com os objetivos fundamentais da República (art. 3º)<sup>23</sup> de “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (Inc. I), “erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais” (Inc. III) e, de certa forma, na opção pela prevalência dos direitos humanos fundamentais (art. 4º, inciso II)<sup>24</sup>, que, muito embora direcionada às relações internacionais, traduz uma opção incondicional pela dignidade dos seres humanos.

O direito à moradia foi incorporado ao artigo 6º<sup>25</sup> da Constituição Federal, que faz parte do capítulo II, do título I, intitulado “Dos princípios fundamentais”, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 2000.

É importante ressaltar que tal direito já era mencionado em outros dispositivos constitucionais, tais como no artigo 7º, IV<sup>26</sup>, o qual define que o salário mínimo é aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, como moradia; e no artigo 23, IX<sup>27</sup>, quando dispõe sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, segundo Sarlet<sup>28</sup>.

Na visão de Campos<sup>29</sup>, ar ser considerado um direito fundamental, o conteúdo material da norma que o disciplina seria de *aplicação imediata e eficácia plena*, À inteligência do parágrafo 1º, do artigo 5º<sup>30</sup> da Constituição Federal.

22 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”

23 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

24 “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos;”

25 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

26 “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) Inc. IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

27 “Art. 23, IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”

28 SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 690.

29 CAMPOS, Núbia Carla. *A efetividade do direito à moradia no judiciário brasileiro*: uma análise comparativa da jurisprudência. 2011, 49. Monografia apresentada para conclusão da Escola de Formação da SBDP. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/monografias\\_ver.php?idConteudo=175](http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=175)>. Acesso em 21 fev. 2013.

30 “Art. 5º, (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Rangel *et Silva*<sup>31</sup> apoiam-se sobre o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, para sustentarem dispensável regulamentação legislativa ulterior para lograr eficácia social.

Em que pese a superior relevância do direito à moradia e sua indeclinável natureza de direito fundamental social, faz-se necessário distinguir que os conteúdos dos princípios de aplicabilidade imediata e de eficácia plena compõem conceitos jurídicos eminentemente distintos, que não se igualam, nem se sobrepõem, tampouco se confundem: a aplicabilidade imediata decorre de previsão constitucional, que ratifica e recepiona a opção pelo efeito imediato – de retroatividade mínima, adotado desde a histórica Lei de Introdução ao Código Civil, hoje, Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, a conceber a vigência imediata, “no que couber” a qualquer dispositivo veiculador de direitos fundamentais.

A doutrina constitucional brasileira e a jurisprudência do STF já tornaram assente que a limitação daquilo que é “cabível”, em termos de “aplicação imediata” dos direitos fundamentais, se dá a partir da própria arquitetura adotada por cada dispositivo do texto constitucional. Esse modelo é consagrado por diversas classificações de normas constitucionais, em torno das ideias de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada, com suas nuances, caso a caso, conforme tão bem explicitam os doutrinadores José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso e Maria Helena Diniz, dentre outros de relevo reconhecido.

O Estatuto da Cidade<sup>32</sup> (Lei nº 10.257/2001) refere-se explicitamente ao direito à moradia a partir da adoção de princípios e diretrizes, fundados no que denomina princípio instrumental do planejamento, segundo Rangel *et Silva*<sup>33</sup>, voltado a conferir contornos de sustentabilidade ao direito à moradia no espaço urbano, com o intuito de regulamentar a política urbana nacional.

Mais que isso, o referido estatuto adotou o instituto do plano diretor, com o intuito de viabilizar um planejamento lógico e funcional do espaço urbano, em benefício de seus ocupantes e da sociedade como um todo.

---

31 RANGEL, Helano Márcio Vieira *et SILVA*, Jacilene Vieira da. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, p. 57 - 78, jul.-dez. 2009, pp. 67 e 68.

32 Lei ordinária federal que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

33 RANGEL, Helano Márcio Vieira *et SILVA*, Jacilene Vieira da. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, p. 57 - 78, jul.-dez. 2009, p. 72.

## 5. Evolução das Políticas Públicas Habitacionais no Brasil

Nogueira<sup>34</sup> associa inicialmente a má distribuição da terra no Brasil ao período colonial português que, historicamente, teria contribuído a partir do sistema de “capitanias hereditárias” para a injustiça distributiva, pela distribuição de sesmarias pelo coroa lusitana a determinados donatários escolhidos pelo rei. Isto, claro restou como nada mais subjetivo, nepótico, pessoal e, portanto, dissociado do ideal de justiça, ainda que se utilizasse qualquer critério de mérito em relação aos seus destinatários.

Por outro lado, analisando com maior cuidado as críticas que buscam compreender o processo de concentração de propriedade no Brasil, embora se possa reconhecer que a instituição e consolidação da prática de concessões de terras tenham se dado de forma absolutamente descompromissada de qualquer ideal de justiça social distributiva, é preciso situar os fatos no tempo e no espaço, já que, na realidade do século XVII (e seguintes), não se identificava, ainda, o reconhecimento a direitos fundamentais nem mesmo civis, que dirá sociais, o que só, em termos europeus se inauguraria com o advento da revolução francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas nas colônias ainda levaria muitos anos; portanto, fica a questão: como cotejar a práxis política colonial com os ideais constitucionais democráticos, hoje vigentes, de justiça social?

Por isso, a iniciativa do rei de Portugal Dom Manuel – chamado “o venturoso” – de repartir o território da colônia *brasilis* em 13 capitanias para fins de concessão descentralizadora, – chamadas “hereditárias”, pois uma vez outorgadas, teriam tradição *jus sanguinis* dos seus originais donatários aos herdeiros –, baseou a ocupação territorial no princípio do *uti possidetis*, ou seja, da “posse útil”, exigindo dos beneficiários que promovessem o povoamento e o desenvolvimento de atividades econômicas, a fim de conferir alguma efetividade ao processo de ocupação territorial naquele momento político histórico.

Tratava-se de espécie de assinatura estimuladora ao desenvolvimento do Brasil colônia por áreas, com especial foco nas menos desenvolvidas, ou seja, por meio da posse útil – em muito relacionada com o uso dado à terra objeto da concessão.

Se observada a extensão do território sob a gestão portuguesa, mesmo limitado pelo – à época vigente – tratado de Tordesilhas, cujo meridiano corta onde hoje correspondem, ao norte, à cidade de Belém do Pará (Estado do Pará) e, ao sul, a de Laguna (Estado do Paraná), tem-se a noção de muita extensão de terra distribuída a poucos, sem dúvida.

O que não se pode perder de vista é que essa crítica se perde em si mesma porque é descontextualizada, já que o sistema de capitanias não funcionou adequadamente,

34 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus* – BA. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 7.

registrando apenas o sucesso de duas delas: São Vicente e Itamaracá (correspondentes a um trecho do estado de São Paulo e ao estado de Pernambuco), sendo a seguir extintas, portanto, não prevalecendo como elemento causador de uma real distribuição injusta de terras.

O recurso ao estudo desse momento histórico trata-se, quando muito, de elemento inspirador da noção de concentração de terras em poucas mãos, mas não de um componente fático do fenômeno latifundiário, ao “sugerir” às gerações futuras uma distribuição desigual de extensas áreas a poucos, mas não que se possa associá-la com efeitos reais, porque tal arranjo foi desfeito pela adoção do sistema dos “Governos-gerais”, no Brasil, com a capital em Salvador. Assim, não há nexos causal entre o fato histórico e a realidade atual, embora ambos sejam verdadeiros.

Durante o período colonial, diversos ciclos econômicos tais como o da exploração do ouro, das pedras preciosas, das drogas do sertão e da criação de gado, dentre outros, todos embalariam os interesses políticos e econômicos, justificando, aí sim, o processo de concentração de riqueza, como ocorrido em outras áreas do planeta, sujeitas a processos semelhantes, tal como ocorreu na expansão territorial dos Estados Unidos da América.

A título de registro pontual, conta-se que a transferência da família real para o Brasil, em 1808, – motivada pela iminente entrada das tropas de Napoleão em Lisboa – fez migrar para cá, não só o escalão governamental português, mas relevante volume de fidalgos, familiares e criadagem, provocando casos de tensão social originados pela deficiência habitacional, já que para suprirem suas necessidades imediatas, as “autoridades” portuguesas decidiram por expropriar os proprietários de imóveis que selecionaram, na cidade do Rio de Janeiro, para abrigar a recém-chegada Corte portuguesa.

Com a ocorrência de tantos desapossados para atender aos novos “hóspedes” da cidade, marcou-se como episódio com a aplicação da sigla “PR” que representava uma espécie de “decreto expropriatório” – e oficialmente se referia à expressão “Príncipe Regente” – logo convertida pelo espírito crítico carioca em: “Prédio Roubado” ou “Ponha-se na Rua”.

O subsequente período imperial contribuiria para consolidar um processo de concentração de renda e de propriedades nas mãos de uma elite portuguesa, escravocrata, envolvida nas atividades econômicas de produção de *commodities*, tais como os chamados ciclos da cana e do café, por exemplo, que, apoiados na legalidade e na contratualidade civilista acentuaram a tendência à concentração da propriedade na classe mais rica.

Com a República, o desenvolvimento de uma população urbana pré-industrial, e, depois industrial, iria deflagrar um processo de reconhecimento da anunciada concentração da propriedade e decorrente carência habitacional para a classe assalariada.

De acordo com Motta<sup>35</sup>, no primeiro quartel do século XX, o problema da habitação foi intensificado em muitas cidades brasileiras, notadamente nos grandes centros econômicos, pois o poder público não se via preparado estrategicamente para a nova realidade do país, primeiro pela abolição da escravatura, em 1888, que deixara uma grande contingente populacional formado por escravos recém libertados, deixados a sua própria sorte, sem qualquer perspectiva habitacional, quadro a seguir agravado pela introdução de migrantes e mesmo de respeitável efetivo imigrantes, trazidos das mais diversas origens para recompletamento dos efetivos de mão de obra liberta, necessários à agricultura e à transição industrializante.

Botega<sup>36</sup> apresenta dados dos censos demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstradores da influência do período de industrialização no Brasil para o aumento significativo da população urbana, dos quais se depreende que, em 1920, a proporção urbana representava 11,3% (onze vírgula três pontos percentuais) e, já em 1950, superava a população rural em 55,9% (cinquenta e cinco vírgula nove pontos percentuais).

Assim, a falta de alternativas habitacionais, o intenso processo de industrialização e a baixa renda das famílias contribuíram para que uma grande parcela da população brasileira buscasse alternativas precárias e informais para morar, caracterizadas pela falta de acesso a serviços, assistência de infraestrutura, informalidade na posse da terra, entre outros, segundo fonte ministerial<sup>37</sup>.

Segundo Nogueira<sup>38</sup>, nesse período republicano anterior à era Vargas, as moradias foram resultado de ações da iniciativa privada e do autofinanciamento, até a criação da Fundação da Casa Popular (FCP) em 1946, órgão federal responsável pelo financiamento da construção de habitações e que, ao mesmo tempo, apoiava a indústria de materiais de construção e a implementação de projetos de saneamento; a Fundação da Casa Popular foi a primeira ação do governo destinada à questão da habitação, promulgada pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra, por meio do Decreto-Lei nº 9.777, de 6 de setembro de 1946 e tinha o compromisso de prover residências para a população de baixa renda, mas, seus resultados foram modestos, tendo criado apenas dezessete mil moradias, no espaço temporal de vinte anos de atuação, sendo extinta em 1964, conforme relata Motta<sup>39</sup>.

35 MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br>>.

36 BOTEGA, Leonardo da Rocha. *A Política Habitacional no Brasil (1930-1990)*. Revela -Revista Eletrônica Acadêmica da FALS, ano I, n. 2, mar. 2008, p. 4.

37 Dados do período de 1940 a 2000. Ministério das Cidades, 2009, p. 36.

38 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus – BA*. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 7.

39 MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br>>.

Com a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e do Banco Nacional de Habitação (BNH) pelo advento da Lei nº 4.380/64, alterada pela Lei nº 5.049/66, ambas promulgadas pelo presidente Humberto de Alencar Castello Branco – tem-se marco significativo da intervenção do Estado no setor habitacional, bem anota Nogueira<sup>40</sup>. Para Motta<sup>41</sup>, o Plano Nacional de Habitação<sup>42</sup> e o Sistema Financeiro de Habitação visavam outros objetivos além ampliar a oferta de habitação, tais como a dinamização da economia e o desenvolvimento do país, todos ícones do governo militar.

Conforme Nogueira<sup>43</sup> e Medeiros<sup>44</sup>, as fontes de recurso advinham da arrecadação decorrente do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos (SBPE), por meio da captação das letras imobiliárias e cadernetas de poupança, e, a partir de 1967, passaram a contar também com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), resultado das contribuições compulsórias com base em 8% (oito pontos percentuais) dos salários dos trabalhadores empregados formais do mercado de trabalho. A destinação da arrecadação do FGTS fora destinada inicialmente à construção de casas de interesse social, como conjuntos populares, mas, posteriormente diversificou-se também para os setores de saneamento e desenvolvimento urbano.

Medeiros<sup>45</sup> assinala que os recursos gerados pelo FGTS deveriam ser destinados ao financiamento de obras para a população de baixa renda, enquanto que a arrecadação do SBPE financiaria obras direcionadas às classes média e superior. Entre 1964 e 1965 foram criadas as Companhias de Habitação Popular (COHABs), que eram empresas públicas ou de capital misto, cujo principal objetivo era atuar na criação e execução de políticas para reduzir o déficit habitacional por meio do financiamento de moradias para o mercado popular, conforme o Relatório Motta<sup>46</sup>.

Sobre o Banco Nacional da habitação (BNH), Nogueira<sup>47</sup> ressalta que a instituição não chegou a viabilizar efetivamente o acesso da população de baixa renda

40 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus* – BA. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 7.

41 MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br>>.

42 Operado pelo Banco Nacional da Habitação (BNH).

43 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus* – BA. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 8.

44 MEDEIROS, Sara Raquel Fernandes Queiroz de. *BNH: outras perspectivas*. 2010, p. 4. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br>>. Acesso em 27 fev. 2013.

45 Ibid.

46 MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br>>.

47 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus* – BA. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 9.

a empréstimos, facilitando o crescimento do número de habitações informais, o que teria motivado a criação dos programas habitacionais: PROFILURB, PROMORAR e João de Barro, destinados à população de renda inferior a três salários mínimos, faixa em que se sistematicamente se concentrou a maior gravidade do problema habitacional brasileiro.

O Programa de Financiamento de Lotes Urbanizados (PROFILURB), criado em 1975, também assinalou por meta atender aos extratos mais baixos de renda familiar, com o fito de erradicar favelas e de incentivar o financiamento de lotes urbanizados, ou seja, com infraestrutura básica dotada de ponto de água, luz e ligação de coleta de esgoto, com ou sem a unidade sanitária, segundo Bueno<sup>48</sup>. Os lotes variavam de 80 a 370 m<sup>2</sup>, financiados em prazo máximo de vinte e cinco anos, com taxas de juros anuais bem favoráveis, oscilando entre 2% e 5% (dois e cinco pontos percentuais) e, assim, facilitou, de certa forma, o acesso à terra e a construção da moradia pelos mutuários.

Bueno<sup>49</sup> informa que o Programa de erradicação da sub-habitação (PROMORAR), implantado em 1979, teve por finalidade prevenir o crescimento de favelas nos grandes centros urbanos, possibilitando a aquisição de moradas de pequena extensão (até 24 m<sup>2</sup>), mediante financiamento, por prazo máximo de até 30 (trinta) anos, aplicando taxas de juros anuais máximas de 2% (dois pontos percentuais).

Medeiros<sup>50</sup> ressalta que foi a primeira ação em que não se buscou remover os moradores, mas fixá-los no núcleo originalmente invadido de terra. Realizado por construtoras, esse programa financiou cerca de duzentos e seis mil moradias em todo o país até 1984, contabilizando o triplo de unidades a mais que o PROFILURB, conforme consta da pesquisa de Bueno<sup>51</sup>.

O Programa João de Barro, criado em 1982, no contexto do “processo de abertura política” e diante de severa crise econômica, propugnava pelo acesso à moradia, financiando o terreno e o material de construção, contando com a participação da coletividade e focava com prioridade as cidades do interior e destinando-se às famílias com renda de até três salários mínimos. Segundo Bueno<sup>52</sup>, o programa disponibilizou financiamentos em prazo máximo de 30 (trinta) anos, com taxas de juros anuais de 2% (dois pontos percentuais),

48 BUENO, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 30.

49 BUENO, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 31.

50 MEDEIROS, Sara Raquel Fernandes Queiroz de. *BNH: outras perspectivas*. 2010, p. 5. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br>>. Acesso em 27 fev. 2013.

51 BUENO, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 30.

52 BUENO, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 32.

mas obteve pouca eficiência, com apenas sete mil unidades produzidas até 1984, concentradas em cidades do interior da região nordeste brasileira.

No âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, o Banco Nacional da Habitação foi o principal órgão da política habitacional, na visão de Motta<sup>53</sup>, cabendo-lhe orientar, disciplinar e controlar a atuação do Sistema Financeiro da Habitação na construção e aquisição da casa própria para população de baixa renda. Medeiros<sup>54</sup> agrega que, além de ter um objetivo social, o Banco Nacional da Habitação também buscou incentivar a economia por meio da expansão da ocupação da mão de obra na construção civil.

Nogueira<sup>55</sup>, por sua vez, atribui aos índices de inflação extremamente elevados na década de 1980, – quando chegou a ser registrada inflação de 80,0% ao mês –, a derrocada do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo e principalmente do Banco Nacional de Habitação pela intensa e insustentável inadimplência. O fenômeno se caracterizou por um reajuste superior nas prestações dos financiamentos imobiliários das classes média e alta em comparação com seus índices de reajuste salarial.

Nesse contexto, segundo Botega<sup>56</sup>, em 1986, deu-se a extinção do Banco Nacional da Habitação, pelo Decreto nº 2.291, com a transferência de suas atribuições e funções para a Caixa Econômica Federal. A Política Nacional de Habitação, a crise do Sistema Financeiro Habitação e a extinção do Banco Nacional da Habitacional criaram solução de continuidade, deixando um hiato na política habitacional no país, com significativa redução dos recursos destinados a investimentos na área de construção civil e consequente fragmentação institucional por perda da capacidade decisória.

Já no ambiente de redemocratização do Brasil, a Secretaria Especial de Ação Comunitária criou o Programa Nacional de Mutirões Habitacionais (1987), destinado a financiar moradias para famílias com renda inferior a três salários mínimos e coordenar programas de obras de infraestrutura, regularização fundiária em favelas, construção de habitações em regime de mutirão e instalação de equipamentos comunitários em favelas, também não apresentando resultados expressivos, conforme a pesquisa de Bueno<sup>57</sup>.

53 MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br>>.

54 MEDEIROS, Sara Raquel Fernandes Queiroz de. *BNH: outras perspectivas*. 2010, p. 3. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br>>. Acesso em 27 fev. 2013.

55 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus – BA*. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 8.

56 BOTEAGA, Leonardo da Rocha. *A Política Habitacional no Brasil (1930-1990)*. Revela -Revista Eletrônica Acadêmica da FALS, ano I, n. 2, mar. 2008, p. 10.

57 BUENO, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 34.

Para Nogueira<sup>58</sup>, nos anos de 1990 e 1991, a gestão de políticas públicas habitacionais foi reestruturada, ampliando-se significativamente o controle social e a transparência da gestão de programas por exigir a participação comunitária. O que se deu por meio de conselhos e dos governos municipais, de poder local, além de uma contrapartida financeira.

Botega<sup>59</sup> assenta que, pelos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 1991, o número de moradores de rua chegava há sessenta milhões de pessoas e que 55,2% (cinquenta e cinco pontos vírgula dois pontos percentuais) das famílias se encontravam em déficit habitacional.

Bueno<sup>60</sup> explica que a década de 1990 se caracterizou como período de grande perturbação política e de muitas mudanças na estrutura institucional da gestão da problemática de estrutura urbana, habitacional e social.

O período de 1990 a 1992 representou a adoção de diversos programas habitacionais, mas o que teve alguma expressão foi o Plano de Ação Imediata para a Habitação (PAIH), que previu o financiamento de duzentos e quarenta e cinco mil casas em cento e oitenta dias, por meio da contratação de construtoras, conforme bem registra Bueno<sup>61</sup>.

Botega<sup>62</sup>, entretanto, ressalva que o prazo inicial se estendeu por mais de dezoito meses, aumentando o custo médio inicialmente previsto e diminuindo o número de moradias construídas para duzentos e dez mil.

Motta<sup>63</sup> informa que no período de 1992 a 1994, foram criados dois programas voltados à questão da habitação, o “Habitar Brasil” e o “Morar Município”, que buscaram financiar obras e ações nos municípios e capitais de estados ou integrantes de regiões metropolitanas e aglomerados urbanos voltados para a população de baixa renda com renda familiar de até três salários mínimos; nesse contexto, entretanto, o excesso de exigências legais restringiu em muito a captação de recursos postos à disposição dos municípios.

Bueno<sup>64</sup> destaca que, apesar dos resultados pouco expressivos aproximadamente dezoito mil unidades construídas até 1994, os referidos programas tiveram sua importância no sentido de reformular o pensamento nacional quanto à política habitacional.

58 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus* – BA. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 10.

59 BOTEGA, Leonardo da Rocha. *A Política Habitacional no Brasil (1930-1990)*. Revela -Revista Eletrônica Acadêmica da FALS, ano I, n. 2, mar. 2008, pp. 12-13.

60 BUENO, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 33.

61 Ibid.

62 BOTEGA, Leonardo da Rocha. *A Política Habitacional no Brasil (1930-1990)*. Revela -Revista Eletrônica Acadêmica da FALS, ano I, n. 2, mar. 2008, p. 12.

63 MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br>>.

64 BUENO, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 34.

Entre 1994 e 2002, várias reformas do setor habitacional se mostraram efetivas, promovendo uma reorganização do aparato institucional referente à Caixa Econômica Federal, com sua atuação limitada a agente operador dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e agente financeiro do Sistema Financeiro da Habitação. Com isso, criaram-se novas linhas de financiamento, baseadas em projetos dos governos estaduais e municipais.

Criou-se o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), que atuou na construção de novas unidades para arrendamento, utilizando recursos principalmente formados pelo FGTS e de origem fiscal<sup>65</sup>.

Pode-se relacionar, segundo Bueno<sup>66</sup>, o Programa Construcard, como iniciativa de direito privado, operado pela Caixa Econômica Federal (empresa pública federal), portanto, protagonizado pela administração pública federal, mas no âmbito da economia de mercado, é voltado a auxiliar na compra de materiais de construção, por meio de financiamento direto, por juros menores que os praticados no mercado bancário.

Na verdade, essa linha de financiamento auxiliar, embora conveniente aos interesses de alguns, não chega a promover uma alteração concreta na realidade habitacional, quando muito oferecendo alguma facilidade para melhoria de moradias, mas sem qualquer resultado expressivo em termos de política habitacional.

A criação do Ministério das Cidades, em 2003, voltado à política urbana e às políticas setoriais de habitação, saneamento e transporte veio a complementar o esforço de regulamentação das atividades de organização e utilização do espaço urbano, visando a reduzir os óbices decorrentes da ausência ou da descontinuidade de estratégias em termos de políticas urbanas, passando a exercer o papel de órgão coordenador, gestor e formulador da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano e, em escala circunscrita, da própria Política Nacional de Habitação.

Azevedo<sup>67</sup> registra que a lei federal nº 11.124/2005, que trata do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), a fim de garantir o acesso à habitação digna para população de menor renda, pela implantação de políticas e programas de investimento e subsídios. A lei nº 11.888/2008, que assegurou às famílias de menor poder aquisitivo assistência pública para a construção de moradias de interesse social.

Também como medida atual e, ainda objeto de monitoramento e avaliação, enquanto política pública, o programa “Minha casa, minha vida”, de iniciativa federal, foi implantado em 2009 pela Medida Provisória nº 459/2009, mais tarde convertida

65 Ministério das Cidades, 2009, p. 42.

66 Ibidem.

67 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012, p. 3.

na Lei nº 11.977/2009 e alterada pela MP nº 514/2010, também convertida na Lei nº 12.424/2011, tem por meta construir um milhão de casas, com previsão de alocação de 34 bilhões de reais (R\$) em recursos para a construção e financiamento para famílias de renda de até dez salários mínimos e pretende estimular também a criação de empregos e de investimentos no setor da construção civil, registra Motta<sup>68</sup>.

Conforme assenta Nogueira<sup>69</sup>, a este se pode associar o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) – também federal – cuja finalidade é de atender às necessidades de desenvolvimento das regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e cidades com mais de 150 mil habitantes. Problema que não pode ser olvidado é que a competência para a construção de moradias é comum<sup>70</sup> a todos os entes da federação, mas a União detém o protagonismo centralizador, por vezes responsável por engessar o processo em demasia.

Pode-se verificar que muitas foram as iniciativas governamentais sob a forma de políticas públicas, voltadas a superar o *déficit* de oferta de moradia de baixo custo e mesmo à classe média. Entretanto, verifica-se, também, que, em regra, os objetivos foram sistematicamente superdimensionados e, por isso mesmo, deixaram de ser alcançados de forma expressiva.

Identifica-se, portanto, que a profusão de políticas públicas subseqüentes não tem sido eficiente como solução definitiva ao problema de moradia, por vezes fruto de um otimismo equivocado, por outras de um oportunismo eleitoral, e mesmo, obstaculizado pelas naturais dificuldades estruturais e conjunturais, mas, independentemente, da razão, a escolha de objetivos menos prioritários e técnicas pouco eficazes no tocante à redução do *déficit* de moradias.

Outro complicador que merece ser registrado é o contínuo fluxo migratório interno, entre as regiões brasileiras menos desenvolvidas e as mais, de pessoas em busca de trabalho e de opções de vida digna, em termos de prestações sociais e oportunidades pessoais, que realimenta o desequilíbrio na direção da falta de moradia, pois todos os dias aportam milhares de brasileiros vindos das regiões menos desenvolvidas para instalar-se nos grandes centros atraídos por uma esperança de vida mais confortável e de melhores oportunidades profissionais, o que faz com que o *déficit* imobiliário só se multiplique dia após dia.

Falta, portanto, uma política de informação e esclarecimento que busque eficazmente orientar as pessoas que se encontram em desencanto com suas áreas de origem sobre as

68 MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br>>.

69 NOGUEIRA, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus – BA.*, Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010, p. 2.

70 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”

reais possibilidades de êxito nesses projetos pessoais migratórios, de forma a desestimular o inchamento das metrópoles, muito especialmente porque financiar construções em cidades menores tem um custo muito inferior ao de fazê-lo em áreas super-habitadas, com custos forçados pela especulação imobiliária.

Com isso, certamente, se reduziria certamente um dos fatores responsáveis pela grande concentração populacional nos grandes centros e fator de pressão social habitacional, que finda por forçar a expansão de moradias sub-humanas. A incapacidade de pagamento dos financiamentos, em razão da desproporção entre os altos custos atuariais e a baixa renda de grande parte da população mutuaría se constitui em fator de pressão negativa.

## 6. Conclusões

Depreende-se que a Constituição brasileira se mostra rica de previsões sobre a fundamentalidade de diversos direitos incluídos no patrimônio jurídico dos cidadãos. Desde os mais basilares e instintivos ou intuitivos direitos individuais aos complexos direitos difusos, da mais sofisticada concepção, extenso é o rol de direitos, que claramente prestigiam as tutelas prestacionais dos direitos sociais, a saber, direitos tais como: saúde, transporte, educação, moradia, previdência e assistência sociais, dentre tantos outros.

Os estudos de direitos sociais são recorrentes em apontar como óbices a sua efetiva realização, alguns componentes, tais como a baixa normatividade, associada à arquitetura inspirada em critérios de programaticidade; nesse jaez, o ponto central não será mais repetir a existência desse problema, mas apontar eventuais formas de resolvê-lo.

Ausente a positivação, ou se sustenta que ela é desnecessária, por meio de bons argumentos principiológicos, de ordem pós-positivista ou aponta-se quem são os responsáveis por suprir a carência legislativa; no exemplo, como cabe ao Poder Legislativo prover a competente positivação dessas normas, então, uma vez identificado como responsável pela ação de política faltante (União, estado, Distrito Federal ou município), passa-se a desferir sobre o ator silente os estímulos hábeis a romper-lhe a inércia, sejam eles políticos, sociais ou jurídicos, se couberem.

O discurso de efetivar direitos sociais, portanto, ultrapassa em muito o debate material acerca tão somente da natureza desses direitos, a dizer: sua resistida fundamentalidade e sua força cogente como direitos subjetivos, exigíveis em razão do dever constitucional; a coercitividade e o compromisso moral das constituições dirigentes, a lacunosa positivação desses direitos, o déficit de financiamento orçamentário – com a contraposição das teorias de máxima efetividade da Constituição, de reserva do possível ou de mínimo existencial.

É verdade, sim, que todas essas provocações se revestem da maior importância, mas, segundo uma visão pragmática, a efetivação dos direitos sociais vai para além de demonstrar

a sua existência, apresentar suas classes e sustentar sua cogência como direitos subjetivos. Necessário se faz enfrentar os mecanismos de efetivação e, nesse particular, segundo a visão processual, definir quem deve ser instado a cumprir tal ônus político e, se não cumprido, responder pelo dever jurídico.

A fim de responder pelo atendimento das necessidades dos cidadãos em termos de políticas sociais – de cunho prestacional de direitos sociais, a Carta Republicana estabeleceu uma repartição de atribuições, organizacionais, governamentais, legislativas e administrativas a cada um dos componentes do complexo chamado Estado.

Portanto, faz-se necessário dominar o conhecimento dessa intrincada estrutura estatal de governo e de administração pública, em seus variados matizes, a começar por seus agentes, pessoas e órgãos, de modo a bem estabelecer as particularidades entre cada um deles e poder deles retirar o melhor em termos de vocação institucional como atores de políticas públicas.

A vocação democrática do Pacto Federativo Brasileiro, detentor de uma arquitetura das mais arrojadas, com um elevado grau de abertura e visão inclusiva extremamente plural se fazem reconhecer hoje com amplitude sem precedente.

Neste mister, o estudo da equação da distribuição de competências pelo texto constitucional se faz basilar e de importância central, e comparativamente se mostrou bem amplificado em relação às constituições que se lhe fazem anteceder, proporcionando uma evolução de um federalismo nominal para um federalismo efetivo e normativo.

Da mesma forma, se desvelada a limitação de ordem financeira ou orçamentária que inviabiliza o atendimento de um direito social tido como dotado de força subjetiva e, portanto, exigível, identifique-se quem detém a competência para provera prestação.

Igualmente, projetem-se contra o ator omissor as ações de ordem efetivadora, seja por via de pressão política – via sociedade civil, seja por pressão jurisdicional, via ações constitucionais competentes.

Para tanto, necessário se faz bem identificar quem figurará no polo passivo: a União, o estado, o município, o Distrito Federal, o patronato, o terceiro setor detentor de concessões, o empresário ou a sociedade, sob pena de extinção do processo por carência das condições da ação, a saber: a legitimidade passiva.

Constando a prestação faltante do rol de competências comuns ou concorrentes, a ideia geral de federação por cooperação entre os entes federados se apresenta como verdadeiro dever de Estado e autoriza a parte a parte exigir – em termos subjetivos – a prestação pelos entes alcançados em termos de competências comuns (administrativas) e concorrentes (legislativas).

Deve-se, contudo, avaliar a conveniência ou eventual obrigatoriedade em constituir o litisconsórcio (facultativo ou necessário), devendo-se aferir se a eventual presença de um

ou outro ente no polo passivo irá contribuir para a efetivação da tutela ou, ao contrário, por absurdo, irá processualmente beneficiar aos réus, disponibilizando fartas oportunidades para dilação de prazos e emprego de movimentos protelatórios.

Em outras palavras: se os atores de políticas públicas – seus responsáveis – não estiverem claramente identificados, será necessário explicitá-los, seja na esfera pública, no âmbito mencionado genericamente Estado; seja na esfera privada, no âmbito da sociedade brasileira. É preciso definir mais claramente quem deve responder pelo que, em cada passo do desenvolvimento e aplicação das políticas sociais.

Por isso, faz-se indispensável a detenção de uma noção mais densa acerca da órbita federativa, para que, se compreenda melhor a distribuição de competências e atribuições de cada nível de estratificação federativa e, com isso se possa definir com exatidão a quem compete cumprir qual tarefa prestacional. Do contrário, corre-se o risco de ineficácia dos textos que, pura e simplesmente, se referem genericamente à palavra “Estado” – sem melhor desenvolvê-la em seu conteúdo semântico e técnico-jurídico.

A Constituição de 1988, ao prever a convivência independente, mas harmoniosa entre os poderes constituídos, institui de forma clara e expressa a noção de cooperação entre poderes. De igual sorte, portanto, deve se dar a convivência entre as unidades da federação: União, estados, municípios e o Distrito Federal.

Faz-se necessário rever o arranjo federativo, para redefinição da densidade distributiva de competências e, sobretudo, de fontes de recursos que financiem as correspondentes iniciativas, em termos de políticas públicas e de ações a realizar, entre os atores de políticas, no sentido de descentralizar atribuições e recursos para mais próximo de seus destinatários; da mesma *ratio* será a necessária expansão dos instrumentos de controle de *accountability*, afinal, quanto mais ampla a autonomia decisória, maior a responsividade, quanto aos resultados, e a responsabilidade, quanto aos repasses e dispêndios de recursos públicos ou de terceiros.

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil instam de igual forma a força cooperativa, ao pugnar pela redução das desigualdades regionais e sociais; pela supressão da marginalização e da miséria e, sobretudo, pela construção de uma sociedade mais livre, justa e “solidária” (art. 3º)<sup>71</sup>.

Se para fins interpretativos o alcance da palavra “solidária” não for suficiente a instigar a operação conjunta (cooperação) entre os entes federativos, recorra-se, então, à

71 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

compreensão da expressa literalidade do art. 23<sup>72</sup>, parágrafo único, que põe claramente a “cooperação” como dever político, jurídico e social, a predirer que: “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Os problemas com a efetivação de direitos sociais ultrapassam as fronteiras da compreensão da deficiência estrutural específica para encontrar como fonte, invariavelmente, a baixa capacidade de compreensão, as restrições de acesso à educação que findam por prejudicar a capacidade de planejamento de cada família, conduzindo a escolhas por vezes equivocadas o que finda por acentuar o problema que se procura resolver, como exemplificamos com a questão das migrações concentradoras de população nos grandes centros urbanos.

As constantes demandas por prestações sociais reclamam invariavelmente por recursos do poder público a fim de se ver atendidas as necessidades mais prementes da sociedade, isso também conduz com certa frequência ao conflito de interesses entre unidades componentes de federação, seja quanto ao desenho de regras restritivas que lhes alcancem, seja na repartição de receitas oriundas de arrecadação conjunta pelo poder central, contribuindo para o estabelecimento de um equilíbrio que oscila entre a estabilidade política e a tensão financeira.

Sob a ótica investigativa, em termos de políticas habitacionais, a história brasileira demonstra que há reduzida capacidade de inverter o jogo deficitário habitacional e, a cada dia, aumenta a pressão social por moradia. As políticas públicas habitacionais seguiram o centralismo concentrado pela União, sem maior destaque para ações regionais que pudessem, no todo, contribuir para um resultado geral de benefício habitacional.

O Estado, portanto, não se mostrou capaz de garantir nem uma igualdade material habitacional, e nem mesmo, a parcela mínima de dignidade existencial, em termos de direito social à moradia, se viu atendida, fosse por meio de suas intervenções operativas, fosse por meio de reformas estruturais. A proporção que o problema apresenta é crescente, confirmado pelo aumento crescente de pessoas vivendo em habitações com condições de sub-humanidade – tais como as favelas e assemelhados, que vivem explosão demográfica, fruto das intensas migrações para os grandes centros urbanos.

Os interesses da população, em especial, a de baixa renda, são sistematicamente atendidos de modo muito parcial e incompleto, por vezes, injusto, disponibilizando prestações

---

72 “Art. 23. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

que se concentram nas mãos da classe média e, por vezes, até beneficiaram a classe mais alta, sem, contudo, atentar eficazmente para o problema das classes mais modestas.

Essas, portanto, as equações que, repletas de variáveis se apresentam à espera de soluções pelo Estado brasileiro em termos de políticas públicas, prestações sociais, e, sobretudo, obtenção, da melhor repartição e da consequente alocação de recursos financeiros capazes de atendê-las. Tais demandas se mostram cada vez mais distantes quanto ao atendimento, em especial, no contexto recessivo que ora se instaura, decorrente da crise política e de moralidade, com consequente queda da confiabilidade do Brasil como destinatário de investimentos externos, conduzindo ao encolhimento da oferta de crédito em todas as áreas, inclusive a imobiliária, e levando à explosão das taxas de juros. Cada vez mais distante restou o sonho da casa própria para milhões de brasileiros.

## 7. Referências

- BOTEGA**, Leonardo da Rocha. *A Política Habitacional no Brasil (1930-1990)*. Revela -Revista Eletrônica Acadêmica da FALS, ano I, n. 2, pp. 1-14, mar. 2008.
- BUENO**, Laura Machado Mello. *Projeto e favela: metodologia de projeto de urbanização de favelas*. 2000. 176 p. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CAMPOS**, Núbia Carla. *A efetividade do direito à moradia no judiciário brasileiro: uma análise comparativa da jurisprudência*. 2011. Monografia apresentada para conclusão da Escola de Formação da SBDP. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/monografias\\_ver.php?idConteudo=175](http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=175)>. Acesso em 21 fev. 2013.
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DIAS**, Reinaldo et **MATOS**, Fernanda. *Políticas Públicas – princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MEDEIROS**, Sara Raquel Fernandes Queiroz de. *BNH: outras perspectivas*. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br>>. Acesso em 27 fev. 2013.
- MILAGRES**, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, 2011, 225 p.
- MOTTA**, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade*. 2011. Acesso em 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://conflito-sambientaismg.lcc.ufmg.br>>.
- NOGUEIRA**, Joilma Sampaio. *Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus – BA*. Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010.

**RANGEL**, Helano Márcio Vieira *et SILVA*, Jacilene Vieira da. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade*. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, p. 57 - 78, jul.-dez. 2009.

**SARLET**, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

**SARLET**, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**SARLET**, Ingo Wolfgang. *Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 687-721.

# LA IDEA DE DIGNIDAD EN OCCIDENTE Y LAS CULTURAS DE MODERNIDAD RECIENTE: UNA MACROCOMPARACIÓN DE LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD EN LOS PAÍSES BRICS

---

DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO

Doctoranda en Ciudadanía y Derechos Humanos por la Universitat de Barcelona -UB, maestra en Filosofía Política por la Universidade Federal de Goiás, si graduou en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais- PUC\_MINAS. Obtuvo el Título de Abogada en Goiânia OAB/GO: 31.202. Actualmente, realiza investigaciones junto ao GIRCHE, Grupo Internacional de Ricerca, Cultura, História y Estado. Investigadora de la CAPES.

GONÇAL MAYOS SOLSONA

Profesor titular de filosofía en el Departamento de Historia de la Filosofía, Estética y Filosofía de la Cultura de la Universidad de Barcelona y consultor de Humanidades de la UOC. Há sido investigador en París - Univ. René Descartes, Univ. Heidelberg y al Hegel Archiv de la Univ. Ruhr – Bochum. Miembro fundador del GIRCHE, Grupo Internacional de Ricerca, Cultura, Historia y Estado.

## Abstract

Research about the idea of human being dignity in the context of socio-cultural diversity of the emerging Western and non-Western civilizations which currently arise in the contemporary world. We compare the significant differences that the idea of dignity of the human being assumes when interacting with cultural, historical and social contexts of each of the components of the BRICS countries, political group of the five largest emerging economies in the world (Brazil, Russia, India, China and South Africa). We will take as a research reference the non-reductionist, interdisciplinary dialectics ontologically and gnosiology structured as a macro-philosophy. The analysis and interpretation of these countries constitutions will be the starting point to paint a picture of the importance of human dignity as idea-strength in each of the States of the BRICS. The second path (methodological) will be to understand how the institutional speech, mainly structured in the law language, interacts with traditional cultural nuances of each of these States, which will be specifically carried out by crossing the institutional speech with Religion, Culture and Philosophy languages.

## Key words

Dignity; BRICS; Human Rights.

## Resumo

A investigação sobre a ideia de dignidade da pessoa humana na perspectiva da diversidade sócio-cultural das civilizações ocidentais e não-ocidentais emergentes que se somam atualmente ao mundo contemporâneo. O objetivo da pesquisa proposta é o estudo comparativo sobre as diferenças significativas que a ideia de dignidade da pessoa humana assume ao interagir com contextos culturais, históricos e sociais de cada um dos países componentes do BRICS, grupo político das cinco maiores economias emergentes do mundo (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul). Tomaremos como referencial investigativo a dialética interdisciplinar não reducionista estruturada ontogenoseologicamente como *Macrofilosofia*. Em um primeiro momento proporemos uma reflexão sobre os encontros e desencontros dos universos políticos, históricos e culturais, sociais, antropológicos que mantêm uma cosmovisão, ou seja, um macro-compreensão, a respeito dos valores fundamentais orientadores do convívio humano, em cada uma dessas nações. A segunda parte proposta consistirá em compreender de qual maneira esse discurso institucional, estruturado principalmente na linguagem do Direito, interage com os matizes culturais tradicionais de cada um desses Estados, que será realizada notadamente pelo entrelaçamento de discurso institucional com a linguagem da Religião, Cultura e Filosofia, em cada um desses países.

## Palavras-chave

A dignidade humana; BRICS; Direitos Humanos.

## Resumen

Investigación sobre la idea de dignidad de la persona humana en la perspectiva de la diversidad sociocultural de las civilizaciones occidentales y no occidentales emergentes que se asoman actualmente al mundo contemporáneo. Comparaos las diferencias significativas que la idea de dignidad de la persona humana asume en la interacción con los contextos culturales, históricos y sociales de cada uno de los países componentes del BRICS, grupo político de las cinco más grandes economías emergentes del mundo (Brasil, Rusia, India, China y África del Sur). Tomaremos como referencial investigativo la dialéctica interdisciplinaria no reducionista estructurada ontogenoseologicamente como *macrofilosofía*. El análisis e interpretación de las constituciones de esos países será el punto de partida para que se diseñe un panorama del ‘peso’ dignidad humana como idea fuerza en cada uno de los Estados del BRICS. El segundo recorrido (metodológico) consistirá en

comprender de qué forma ese discurso institucional, estructurado sobretudo en el lenguaje del Derecho, interactúa con los matices culturales tradicionales de cada uno de esos Estados, lo que será realizado específicamente por el entrecruce del discurso institucional con el lenguaje de la Religión, de la Cultura y de la Filosofía.

## Palabras clave

Dignidad Humana; BRICS; Derechos Humanos.

## 1. Introducción

Se puede considerar que la reciente formación de un grupo político de las cinco más grandes economías emergentes del mundo, el BRICS (grupo formado por Brasil, Rusia, India, China y África del Sur), exige por parte de Europa, y por parte de Brasil, una reflexión sobre los encuentros y desencuentros de sus universos sociales, antropológicos, políticos, históricos y culturales, pues cada uno tiene una cosmovisión, macrocomprensión, respecto de los valores fundamentales orientadores del convivio humano. En cada una de ellas, la interacción de sus respectivas culturas tradicionales con la cultura occidental, en los diferentes ciclos históricos de la globalización occidentalizante, desde las primeras grandes navegaciones europeas, ocurrió de modos singulares, produciendo complejos significacionales diferenciados a respecto del Estado y su rol en la organización del convivio.

La actual globalización, aceleradora y uniformizadora de los procesos productivos y tecnológicos, tornó próximos y compartidos los problemas de las naciones emergentes, aunque afronta de formas diferentes esos problemas (MAYOS, 2012, p.2). Además, los países de los BRICS poseen problemas propios, compartidos por ellos; fruto, sobretudo, de la modernidad reciente que comparten y de las singulares idiosincrasias que tiene cada uno de esos países en su desarrollo. Tales cuestiones los orientan en el sentido de buscar compartir estrategias de solución y conducción del desarrollo socioeconómico en curso.

No obstante esa proximidad con relación a los problemas socioeconómicos actuales, respecto al tema central del discurso político occidental contemporáneo: el reto de la efectivación de la Dignidad de la Persona Humana y del conjunto de derechos fundamentales a ella inherentes, los países del BRICS no sólo se encuentran, pero también se desencuentran. Se encuentran porque, en principio, asumen discursivamente que los Derechos Fundamentales del Hombre son el fundamento constitucional de los respectivos Estados. Sin embargo, se desencuentran, al comprender y valorar diferentemente esos derechos y también al poseer acciones concretas muy diferentes con relación a ellos.

Una de las tendencias marcantes del pensamiento occidental moderno es la convicción generalizada de que el verdadero fundamento de la legitimación y validez del Estado de Derecho, y de los derechos humanos en particular, no debe ser buscado en el ámbito

sobrenatural de la revelación religiosa, ni tampoco en una abstracción metafísica como esencia inmutable de todos los seres humanos del mundo (cf. COMPARATO, 2012, p.8). Si los Derechos Humanos son una creación humana, significa, para el occidente secularizado, decir que su fundamento no es otro sino el propio hombre, considerado en su dignidad sustancial de persona, así que las especificaciones individuales y grupales serían secundarias (SARET,2010,p.97). No obstante, no se puede olvidar la historicidad inherente y la existencialidad dinámica de esos derechos (cf. PINTO COELHO, 2012, *passim*).

## 2. El Derecho a la Dignidad en los BRICS

Como se sabe, “el occidente nunca ha conseguido ser universalista” (HORTA, 2011, p.246)<sup>1</sup>. Ciertamente la vocación de la proclamación de los derechos humanos, engendrados por el occidente son universales<sup>2</sup>. Ocurre que el modo como ese universal viene realizándose en la particularidad y en la singularidad de cada cultura y nacionalidad produce diferenciaciones de comprensión de lo que sea ese complejo significacional orientador del Estado de Derecho en cada uno de esos países. Ello produce también comprensiones y pesos diversos respecto a la Dignidad de la Persona Humana como derecho y como valor en el proceso políticosocial de esos países. En el caso de los países BRICS, comprender esas diferencias parece ser una tarea indispensable y un reto, para la buena comprensión de las potencialidades y las dificultades de ese bloque político internacional emergente. Para Brasil, específicamente, comprender de forma organizada y sistematizada esas diferencias relativas a la comprensión de lo que sea la *dignidad como valor fundante* ayudará a nuestro país, que está cada vez más comprometido con ese valor, en el punto de vista del discurso constitucional concreto, a posicionarse mejor en el contexto de ese bloque nuevo: BRICS. También para Europa, comprender esas diferencias internas dentro de BRICS la ayudará a relacionarse mejor con este bloque.

Considerando las insuficiencias del discurso universalista de los derechos humanos, sobre todo respecto al desnivel entre la globalización de la economía y de la justicia social (SALGADO,2004,p.72), nos proponemos investigar la comprensión de la forma cómo se dio la recepción de la idea occidental de Dignidad por las civilizaciones componentes de BRICS. En otras palabras, se pretende, en una perspectiva *culturalista y macrofilosófica*, com-

1 Todas las citas en el texto fueran traducidas libremente del portugués.

2 La idea de universalización de los derechos humanos fue llevada a cabo con la creación, primero, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1945, y, después, de una Carta de Derechos aplicable a todas las gentes: la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 (cf. HORTA, 2010, p. 245). No obstante no son raras las críticas en el sentido de que se trata de una Declaración de valores principios occidentales, constituida por occidentales, en que pese a participación, formal, de países de otros matices culturales.

parar la visión y los cambios (históricos y actuales) de las civilizaciones representadas por esos países a respecto de esa noción tan importante al occidente, que es la noción de dignidad.

Considerando que los derechos y los valores son el *resultado de la procesualidad histórica de la cultura*, se tendrá las especificidades culturales de cada civilización componentes de los BRICS como un contrapunto constructivo del sentido que cada uno de esos Estados atribuye a la idea de Dignidad.

Fruto de la cultura occidental, la idea de dignidad humana solo viene a florecer en la Modernidad, a pesar muchas contribuciones imprescindibles anteriores. Es principalmente a partir del pensamiento de Immanuel Kant<sup>3</sup> que pensadores y juristas de los países que se muestran más receptivos a la noción de dignidad humana identifican las bases de su fundamentación y, de cierta forma, de su conceptualización (cf. SALGADO, 2011, p.14-15). No son raros en el contexto europeo y brasileño, estudios consolidados por eminentes pensadores respecto de la dignidad humana como macroderecho, o como valor fundante del Estado de Derecho<sup>4</sup>.

Es cierto que la concepción kantiana de dignidad humana merece y ha sido actualizada en diversos aspectos<sup>5</sup>. Las discusiones sobre los perfiles actuales de la idea de

3 Segundo Kant todo ser racional debe considerarse legislador universal, para, juzgarse a sí mismo y a sus acciones, ello conlleva un concepto inherente: el de *reino de los fines*. Los seres racionales están sometidos a una ley que les prohíbe tratarse, a sí mismo o los demás, *simplemente como medios*, sino siempre y *simultáneamente como fines en sí*. En ese reino de los fines, cada voluntad concebida como legisladora universal es relacionada por la razón con todas las demás voluntades en virtud de la idea de *dignidad* de un ser racional, que no obedece a otra ley sino a aquella que él mismo simultáneamente se da. En fórmula consagrada, asegura el filósofo alemán que, en el reino de los fines, todo tiene o un precio o una dignidad. Cuando alguna cosa tiene un precio, se puede poner en su lugar cualquier otra como equivalente, pero cuando algo está por encima de todo precio, y, por lo tanto, no permite equivalente, entonces tiene dignidad. Así que, la persona humana, mientras sea racional, existe como fin en sí misma y no tiene solamente un valor relativo, un precio: su existencia posee en sí misma un valor infinito - posee dignidad. Cf. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (p. 78-82).

4 Por ejemplo: en Alemania, Háberle(2005, p. 89-152); en Italia Becchi (2010, p.2 *et. seq.*); en Portugal, Miranda(2009, p. 167-176); y en Brasil, Comparato (2001, p. 20-25), Silva (2000, p. 144-149), Scarlet (2010, p. 31 *et. seq.*), Barroso (2010, p. 16-19), y ROCHA (2010, p. 3 *et. seq.*).

5 Paolo Becchi, por ejemplo, asegura que la idea de dignidad humana, que prohíbe reducir a la persona a una cosa, no permite comprender situaciones en que el propio intento de reparación jurisdiccional de lesión a la dignidad puede producir nueva lesión, en la medida en que la víctima puede sentirse públicamente en discusión. Para el autor, un hombre puede ser realmente lesionado en su dignidad siempre que un comportamiento externo es capaz de herirlo en el respeto que él tiene por sí mismo, en la medida en que haya intromisión en el ámbito totalmente privado de la autorepresentación (BECCHI, 2010, p. 6). Se destacan, todavía, las observaciones de Ingo Scarlet y Thiago Fenoterseifer (2008, p. 180-1), que aderezando el excesivo carácter *apriorístico* de la concepción Kantiana, considerando que hay una lógica histórica en las dimensiones de la dignidad humana, que pueden ser comprendidas a partir de una perspectiva de la transformación de los derechos humanos fundamentales, ya que éstos, en amplia medida, simbolizan la propia materialización de la dignidad humana en cada etapa histórica y en cada ámbito cultural.

dignidad humana caminan continuamente. A pesar de que constantemente se parta de Kant el debate actual ha ultrapasado las ideas de ese que es tenido como “el filósofo más importante de la ilustración y, quizá, de toda la modernidad” (MAYOS, 2012, p.2).

La relevancia de saber cómo la dignidad humana es vista en otras civilizaciones, no occidentales, adviene de dos hechos que se relacionan entre sí: *a)* la dignidad humana es una noción intrínsecamente universalista, pero sin embargo con existencialidad solamente comprendida en una perspectiva culturalista e historicista; y *b)* el objetivo de la universalización de los derechos humanos es todavía un reto de la comunidad internacional en el actual contexto multiculturalista. Para que ese proyecto universalizante tenga sustentación es imprescindible conocer el modo como los pueblos emergentes comprenden el núcleo de esos derechos (la dignidad) y el proyecto propio de expansión de la efectividad de esos derechos en sus respectivas relaciones sociales. En otras palabras, es necesario saber si considerar a la persona humana, el fin de toda institución política, encuentra, de hecho, un eco en esas civilizaciones y de qué modo refleja en esas civilizaciones.

Los derechos del hombre, fundamento discursivo máximo de los valores occidentales, que además, dentro de lo imaginario civilizacional que lo produjo, se presentan como realizaciones universales, se realizan delante de perspectivas culturales construidas bajo categorías y valores radicalmente diversos y bajo un pasivo de desigualdad social históricamente más amplio (cf. PINTO COELHO, 2010, p.99-115). Con todo, se debe tener en mente que el reconocimiento del carácter multicultural de la pluralidad y diversidad en el mundo actual no puede resultar, a pretexto de respetar a la alteridad, en una relativización total y absoluta de los derechos fundamentales de la persona humana (PEDRA; PINTO COELHO, 2010, *passim*). Norbert Rouland propone la proscripción de dos actitudes por él vistas como extremas. La primera consiste en simplemente renunciar a la noción occidental del hombre por su modernidad (caduca) y por su carácter relativo; la segunda es la transformación de tal noción en los terminos dictados por el occidente, en el patrón universal unilateral de medida de los derechos del hombre en otras culturas.

Según Rouland, aquella primera actitud debe ser rechazada en virtud de los diversos sucesos ocurridos recientemente, tanto en Europa como en otros lugares, que muestran con evidencia que la noción occidental de derechos humanos puede ser un instrumento hábil para liberar a los pueblos de la servidumbre. Por otra parte, la segunda actitud no debería ser mantenida ya de que otras culturas han inventado sus propios mecanismos de protección, diferentes de los desarrollados por el occidente, y que, no infamatorios, que pueden servirles como fuente de inspiración (ROULAND, 2008, p.271). Proponemos que resignificar dialécticamente, en una perspectiva dialogal y multicultural, el concepto de dignidad humana y derechos humanos, tanto para preservarlos, como para abrirlos a

otras culturas<sup>6</sup> y convertirse así en macrofundamento del convivio en el mundo contemporáneo. Es decir: se trata de realizar la *Afhebung* de los Derechos Humanos.

El estudio comparado que pretendemos desarrollar proporciona una mejor comprensión de los complejos políticosociales e institucionales de las más grandes economías mundiales emergentes, posibilitando más aclaración y discernimiento en las relaciones internacionales entre los BRICS, así como entre BRICS y Europa.

Si tomamos por base la clasificación de Samuel Huntington(1997,p.50-4) conjugada con los estudios comparativistas de René David (2002, p.9 *et seq*), los países del BRICS, deriban cada uno de una civilización no europea: la oriental(China), la hindú(India), la ortodoxa(Rusia), la africana (África del Sur) y la latinoamericana (Brasil).

Así, se tiene como objetivo general propuesto comprender y comparar las diferentes experiencias de asimilación de idea de dignidad de la persona humana en el contexto contemporáneo de cada uno de los países componentes del bloque internacional formado por las cinco más grandes economías emergentes del mundo, el BRICS (Brasil, India, Rusia, China y África del Sur), para trazar un cuadro comparativo interdisciplinar no reduccionista del sentido que la idea de dignidad humana asume en cada uno de esos países.

Concurren para tanto una serie de objetivos específicos, así sistematizados: a) problematizar las bases filosóficas de la noción de dignidad humana de modo a buscar una fundamentación compatible con sus perfiles actuales, notadamente en su carácter multicultural y macrofilosófico que ella asume en los días de hoy; b) comprender el contexto históricopolítico de la inserción de la idea de dignidad en cada uno de los países del BRICS, bien como a sus relaciones con equivalentes funcionales en el lenguaje de la cultura tradicional de cada uno de esos países; c) comprender comparativamente los sentidos atribuidos por la cultura tradicional de cada uno de los Estados componentes del BRICS para convivio social y para el rol de la persona humana en las instituciones organizadoras de ese convivio, notadamente la Constitución, el Estado, el Derecho y la Religión; d) identificar por cuáles procesos históricopolíticoculturales la idea occidental de dignidad humana fue de alguna forma introyectada en las instituciones de organización del convivio social de esos pueblos, buscando, con eso, comprender de qué modo esas culturas transformaron la nación occidental de dignidad humana y la adaptación a sus propios contextos y, por otra parte, comprender de qué modo naciones ya existentes

6 Se adopta aquí la distinción, muchas veces negligenciada, entre los términos *cultura* y *civilización*. Mientras *civilización* alberga la noción de sofisticación y de complejidad social, en contrapartida con formas sociales rudimentarias, cuando se está tratando de *cultura* tal selectividad no ocurre. Se tiene, por ejemplo, que, así como el conjunto de atributos y productos de la sociedad parisiense compone una determinada cultura, o conjunto de atributos y productos de una tribu indígena amazónica, grupo organizado bajo forma social rudimentaria, también son aptos a componer una cultura (cf. HORTA; RAMOS, 2009, p. 235-264).

en esas civilizaciones sirven de base para la idea peculiar de dignidad, en cada una de ellas; e) identificar a partir de un estudio de orden constitucional vigente en cada uno de los Estados estudiados, interpretada a la luz de sus respectivas culturas, por cuáles mecanismos e instrumentos la dignidad de la persona humana es desdoblada en sus respectivos Órdenes Jurídicos; f) comparar, en el ámbito de cada Estado, las diferencias y contradicciones más evidentes entre los discursos jurídicoconstitucionales oficiales y los lenguajes sociales diversos a respecto de cuestiones relativas a la dignidad de la persona humana.

Se toma como referencial investigativo la problematización dialéctica interdisciplinaria no reduccionista estructurada ontognoseologicamente como *macrofilosofía*, Gonçal Mayos (2012, p. 9-17). Además, la perspectiva de la *dialéctica de complementariedad y de la ontognoseología axiológico-historicista* de Miguel Reale (2000, p. 42 *et seq.*) suplementará el referencial macrofilosófico en la búsqueda por una inter-implicación concreta y dinámica de los saberes humanísticos que deberán ser inter cruzados para la comprensión profundizada del sentido de la idea de Dignidad Humana en cada uno de los Estados estudiados.

El análisis e interpretación de las constituciones de esos países será el punto de partida para que se diseñe un panorama del ‘peso’ dignidad humana como ideafuerza en cada uno de los Estados del BRICS. El segundo recorrido (metodológico) consistirá en comprender de qué forma ese discurso institucional, estructurado sobretudo en el lenguaje del Derecho, interactúa con los matices culturales tradicionales de cada uno de esos Estados, lo que será realizado notadamente por el entrecruce del discurso institucional con el lenguaje de la Religión, de la Cultura y de la Filosofía, en cada uno de esos países. No pasa desapercibido el alerta hecho por Mario Losano (2007, p. 544-545) de que “el contraste entre derecho vigente y derecho vivo, *Law in the books* y *Law in action*, es una de las principales dificultades que el comparatista encuentra cuando trata de los grandes sistemas jurídicos modernos. “ Así que, es necesario estar atento a eventuales disparidades entre el discurso constante en textos oficiales y las praxis sociales reales que de hecho ejercen el rol regulador de las sociedades estudiadas, pues, como se sabe, el fenómeno normativo-axiológico es bien más amplio y complejo que un simple saber operativo de descripción de la norma vigente.

Hay inequívoca demanda en el Occidente (incluso Brasil), por fuentes de referencias acerca de los marcos institucionales de parceiros internacionales pertenecientes a civilizaciones distintas, tales como China, India, Rusia y África del Sur. Los BRICS tienen un peso político y económico considerable en la actual conjunción internacional. Por eso mismo la fluidez del diálogo y el desarrollo de la cooperación no puede prescindir de un conocimiento de las realidades culturales axiológicas con las que estamos tratando.

### 3. Conclusões

En síntesis de lo expuesto arriba, se constata que la investigación propuesta es el estudio comparativo a respecto de las diferencias significativas que la idea de dignidad de la persona humana asume en la interacción con los contextos culturales, históricos y sociales de cada uno de los países componentes del BRICS. La hipótesis de trabajo sometida a test (la tesis doctoral) está estructurada en tres hipótesis sucesivas. La hipótesis preliminar resulta en la afirmación provisoria de que la idea de dignidad posee sentidos muy diversos en cada uno de esos países, en razón del lugar cultural-civilizacional de cada uno de ellos, poseyendo también diferencia significativa de peso y alcance como idea-fuerza estructuradora del orden político-jurídica en cada uno de esos países. Como hipótesis secundaria de la tesis, hay también diferentes grados de asimilación de la idea occidental de dignidad humana, en cada uno de los países del BRICS, relativo a los diferentes planes de experiencia sociocultural, desde el discurso jurídico oficial (constitucional e infraconstitucional), pasando por los discursos político, filosófico y midiáticos, hasta la praxis social cotidiana. Como hipótesis final, se somete a test la afirmación provisoria de que estas efectivaciones significacionales diferentes de la idea-fuerza Dignidad en cada uno de los países del BRICS no son irreconciliables y mantienen, incluso por coherencia a la idea misma de dignidad, la posibilidad de un entendimiento y concierto (reconocimiento) entre estos países y Eupora en relación a ese punto fundamental inicial: la idea de Dignidad como base del convívio social.

La importancia de trabajos como el aquí propuesto emerge del desvelo de la realidad sociocultural de países con relaciones internacionales cada vez más estrechos con Brasil y con Europa, y en relación con un tema carísimo a la actual agenda internacional: El respeto y la protección a los derechos humanos. Además sus resultados podrán contribuir, en consonancia con la orientación de Norbert Rouland arriba referida, al perfeccionamiento plurilateral de la propia idea de Dignidad Humana, premisa fundamental para la tan anhelada universalización dialogal de los derechos humanos.

### 4. Referencias

- AGOSTINI, Eric. *Direito comparado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Resjuridica, s/d.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado de direito. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- ATTIE FILHO, Miguel. *Falsafa*. A filosofia entre os árabes, uma herança esquecida. São Paulo: Palas Athena, 2002.
- BADERIN, Mashood A. *International human rights and islamic law*. Oxford: University Press, 2005.

- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeo., dez. 2010.
- BAUMANN, Renato (org.) *O Brasil e os demais BRICs*. Comércio e Política. Brasília: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2010.
- BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Trad. Guilherme Genro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, MG, ano 2, n. 7, jul./set. 2008.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BRAUDEL, Fernand. *Gramática das civilizações*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. -. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo* (USP), 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2012.
- DALACOURA, Katerina. *Islam, liberalism et human rights*. 2nd. ed. London: L.B. Tauris, 2003.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4.ed. -. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 3. ed. -. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GLENSY, Rex D.. The right to dignity. *Columbia Human Rights Law Review*, New York, NY, mar. 2011.
- GUEDES, Armando Marques. *O estudo dos sistemas jurídicos africanos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GUTIÉRREZ-GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade – ensaios de filosofia do*

- direito e direito constitucional*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Melo Aleixo; Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.
- HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do estado constitucional. Trad. Cláudio Molz e Tito L. C. Romão. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 53-66.
- HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- HENRIQUES, Antônio. *Iniciação ao orientalismo*. Rio de Janeiro: Nova Era, 2000.
- HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.
- HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, SP, ano 58, n. 233, jul./dez. 2009, p. 235-264.
- HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações; e a recomposição da ordem mundial*. Trad. M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
- HUNTINGTON, Samuel P. *Who are we?* New York: Simon & Schuster, 2004.
- JACKSON, Vicki. Constitutional dialogue and human dignity: states and transnational constitutional discourse. *Montana Law Review*, v. 65, p. 15-40, 2004.
- KAHN, J. S. (org.). *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Trad. José R. Llobera, Antonio Desmots y Manuel Uría. Barcelona: Anagrama, 1975.
- KAMALI, Mohammad Hashim. *The dignity of man: an Islamic perspective*. Cambridge: Islamic Texts Society, 2002.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. Marco Antônio Zingano. Porto Alegre: LP&M, 1989.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de los costumes*. Trad. Adela C. Orts e Jesus C. Sancho. 2. ed. -. Madrid: Tecnos, 1994.
- KROEBER, A. L.; KLUCKHOHON, Clyde. *Culture: a critical review of concepts and definitions*. New York: Vintage Books, 1952.
- LALOU, Jean; NÉLIS, Jean. *Cultura e civilização*. Iniciação ao humanismo histórico. Trad. Sabino Ferreira Affonso. São Paulo: Herder, 1966.
- LAQUEUR, Walter. *Os últimos dias da Europa*. Epitáfio para um velho continente. Trad. André Pereira da Consta. Rio de Janeiro: Odisséia, 2007.

- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Antropologia filosófica I*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1993.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.
- MAYOS, Gonçal. *A maturidade do idealismo*. Trad. José Luiz Borges Horta. Disponível em: <<http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos/PDF/MaturidadeIdealismoPort.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.
- MAYOS, Gonçal. *Ilustración y Romanticismo*; Introducción a la polémica entre Kant y Herder. Barcelona: Editorial Herder, 2004.
- MAYOS, Gonçal. *Macrofilosofia de la Modernidad*. Rota, Libro, 2012
- MAYOS, Gonçal. *Macrofilosofia de la Globalización y Del Pensamiento Único*. Una macroanálisis para lo empoderamiento. Madrid, Editorial Académica Española, 2012.
- MAYOS, Gonçal. *O criticismo kantiano*. Trad. Ricardo Henrique Carvalho Salgado e João Paulo Medeiros Araújo. Disponível em: <<http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos/PDF/Criticismo%20portugues.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.
- MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. -. São Paulo: Quartier Latim, 2009.
- MIRANDOLA, Pico della. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad. Antóni Tulián. Buenos Aires: Longseller, 2003.
- NASCIMENTO, Luiz Sales do. *Direito Constitucional comparado*. Pressupostos teóricos e princípios gerais. São Paulo: Verbatim, 2011.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 34, n. 1, jan./jun. 2010, p. 98-115.
- PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discurso, Ideologias e Multiculturalismo: a plurivocidade semântica dos direitos fundamentais, a necessidade de crítica democrática permanente e o risco da reviravolta autoritária. *Anais do VI Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos - Pesquisa e Pós-Graduação*, Brasília, 2010.
- REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 2000.
- RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 17. ed. -. México: Porrúa, 2003.

- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*, Belo Horizonte, MG, n. 4, ano 1, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51781>>. Acesso em: 8 mar. 2010.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Antropologia jurídica na modernidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SALDANHA, Néson Nogueira. *Historicismo e culturalismo*. Rio de Janeiro, Recife: Tempo Brasileiro, Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco, 1986.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, MG, v. 89, 2004.
- SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*. Por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.
- SALGADO, Karine. Os Direitos Humanos no islã. *Meritum* (FUMEC), Belo Horizonte, MG, v. 3, n. 2, jul./dez. 2008, p. 353-374.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. -. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Melo Aleixo; Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 175-205.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144-149.
- SPENGLER, Oswald. *A decadência do ocidente*. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- TOYNBEE, Arnold Joseph. *Estudos de história contemporânea*. A civilização posta a prova [e] O mundo e o Ocidente. 4. ed. -. São Paulo, Brasília: Ed. Nacional; Universidade de Brasília, 1976.
- WEISSTUB, David. Honor, dignity, and the framing of multiculturalist values. In: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (ed.). *the concept of human dignity in human rights discourse*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 263-294.

XAVIER, Vítor César Silva. *Condição, Dignidade e Direitos Humanos: a perspectiva tomista*. Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2005. [Dissertação de Mestrado].

ZIMMER, Heinrich. *Filosofias da Índia*. Trad. Nilton Almeida Silva e Cláudia Giovani Bozza. 2. ed. -. São Paulo: Palas Athena, 2003.

# MICROMACHISMOS O MICROTECNOLOGÍAS DE PODER: LA SUBYUGACIÓN E INFRAVALORACIÓN, QUE MANTIENEN EL SIGNIFICADO POLÍTICO Y SOCIAL DEL “SER MUJER” COMO LA DESIGUAL

---

ALMUDENA GARCÍA MANSO

Doutora em sociologia do departamento de comunicação II e ciências sociais na Universidade Rey Juan Carlos. Membro do grupo de pesquisa Methadodos.org. Atuais linhas de investigação: sociologia do gênero, sociologia do corpo e da saúde, sociologia da sexualidade, imigração e intercâmbio cultural e ainda novas tecnologias e inovação.

ARTENIRA DA SILVA E SILVA

Pós-Doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto, Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia, Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão, Psicóloga formada pela PUC-SP. Docente e pesquisadora do Departamento de Saúde Pública da UFMA (graduação de medicina e Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça). Consultora em proteção integral de crianças/adolescentes e em violência intrafamiliar. Coordenadora de linha de pesquisa no Observatório Ibero Americano de Saúde e Cidadania, Psicóloga clínica e forense. Atuais temas de pesquisa: violência intrafamiliar, proteção integral de crianças e adolescentes, homo/transfobia, terminalidade e norte.

## Resumo

Analisando o significado do patriarcado como sistema social de poder atesta-se que a violência contra as mulheres tem se convertido na raiz cultural das sociedades. A violência é percebida de várias formas, não apenas física, psicológica, sexual ou patrimonial, mas também como violências invisíveis: microviolências ou micromachismos e sintomas da mulher contemporânea (Bonimo, 2005 e Simón, 2010), que fazem da violência um meio de controle da mulher invisível aos olhos da sociedade. A proposta do estudo é fazer uma reidentificação e uma nova busca de outras formas de violência invisíveis, realizando-se uma incursão qualitativa exploratória do fenômeno pesquisado a partir de grupos focais ou grupos de discussão. As dinâmicas realizadas evidenciaram outras tipologias de microtecnologias de poder ou micromachismos utilizados a fim de perpetuarem os papéis tradicionais de gênero feminino, com suas consequentes significações político sociais: a

sujeição e a infravalorização, que mantém o significado político e social de “a mulher” como a desigual.

## Palavras-chave

Micromachismos; Microviolências; Violencia contra a mulher; Patriarcado.

## Resumen

Analizando el significado del patriarcado como sistema social de poder comprobamos cómo la violencia contra las mujeres se ha convertido en la raíz cultural de las sociedades. Violencia percibida de muchas formas, no sólo física, psicológica, sexual, económica sino invisible: microviolencias o micromachismos y síntomas de la mujer contemporánea (Bonimo, 2005 y Simón, 2010) que hacen de la violencia un medio de control invisible a los ojos de la sociedad. Nos propusimos hacer una re identificación y búsqueda de otros tipos de violencia invisible, para ello se realizó una incursión cualitativa exploratoria basada en grupos focales o grupos de discusión. De las dinámicas realizadas se llegaron a identificar otras tipologías de microtecnologías de poder o micromachismos afines o perpetuadores de los roles tradicionales de género femenino con su consecuente significación política-social: la subyugación e infravaloración, que mantienen el significado político y social del “ser mujer” como la desigual.

## Palabras clave

Micromachismos; Microviolencias; Violencia contra la mujer; Patriarcado.

## 1. Introducción: Breves Reflexiones Entorno al Patriarcado y la Violencia

La violencia ejercida contra la mujer es un tipo de agresión encubierta, la cultura patriarcal ha legitimado la creencia de la posición superior del varón frente a la posición socio-política y cultural de la mujer, una situación que ha empujado a la mujer a una posición de inferioridad de poder.

Una de las definiciones más aceptadas de violencia de género es la propuesta por la ONU que define la violencia de género como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada” (ONU, 1994).

Bajo esta definición la violencia contra las mujeres, violencia de género o violencia machista se define como coacción física, psíquica o sexual sobre las mujeres con el objetivo claro de influir en su voluntad y obligar al sujeto a actuar en base a esa imposición.

La violencia adopta diferentes formas tanto física, como verbal, psíquica, sexual, social, económica, simbólica, informativa, etc., maneras de coacción que se vienen ejerciendo, de manera sutil o explícita a lo largo de la historia.

La historia de la violencia de género ahonda sus raíces en la propia historia del patriarcado. No hay un referente claro de cuando surge el patriarcado como estructura de poder, muchas son las referencias que aproximan su existencia a los pequeños grupos sociales prehistóricos, concretamente en la etapa lítica, (Sanahuya, 2002). Aun así se continua insistiendo que es en los albores de las civilizaciones sedimentarias, socialmente estratificadas que definen el concepto de propiedad privada y familia, sopesando la idea que Engels esbozada en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (2008) quien indica que “ el patriarcado comienza a darse en la época histórica, con el régimen monogámico, como una manera de sometimiento de un sexo (el femenino) al otro (el masculino) (Engles, 2008: 253).

Este concepto, el de patriarcado, ha sido uno de los conceptos recurrentes a la hora de explicar o dar a entender las diferencias en la historia de la sociedad. Es a finales de la década de los años sesenta del siglo XX cuando se desarrolla en el feminismo la búsqueda de teorías que permitiesen un abordaje diferente al análisis sobre la subordinación de las mujeres, intentando explicar la desigualdad existente entre los sexos alejadas de la idea de patriarcado como sistema de poder basado únicamente en la productividad y la familia. Es en este punto en el que cuestionan la idea clásica defendida desde el siglo XVII cristalizada en la idea del “derecho del padre”, al referirse al sistema que históricamente deriva de las legislaciones griega y romana, legislaciones y sociedades en las que el padre era el cabeza de familia de una unidad doméstica, el cual ejercía todo el poder legal, económico y social sobre los demás miembros de esa unidad doméstica.

Este uso tradicional hacía que el patriarcado solamente tuviera vigencia desde la antigüedad hasta el siglo XIX con la concesión de los derechos civiles a las mujeres. Un uso que distorsiona la realidad histórica ya que “la dominación patriarcal de los cabezas de familia es anterior a la antigüedad clásica y, por otro lado, en el siglo XIX, la dominación masculina dentro de la familia cambia pero no finaliza” (Lerner, 1990: 340)

Un primer intento de redefinición del patriarcado fue el que Kate Millet en su obra *Sexual Politics* (1970) da sobre patriarcado considerándolo como una institución política, una red de estructuras sociales cuyo nexo común y articulador no era otro más que el cariz político de las relaciones entre los sexos. En este sentido Millet da un nuevo sentido al concepto rompiendo con la idea clásica y tradicional del cabeza de familia. Para Millet patriarcado se desliga de la idea del derecho connatural que poseen los padres, sino el derecho y poder que poseen los hombres en general, y los maridos en particular, unos derechos destinados a estructurar las relaciones de poder y dominio sobre las mujeres, con un fin que no es otro que el de garantizar a los hombres el ejercicio de control sobre

las mujeres. Es en este contexto en el que entra en juego su mencionada afirmación de *lo personal es político*, una afirmación que se convirtió en un eslogan del feminismo proveyendo al movimiento una perspectiva que hasta entonces no habían tenido a considerar “las relaciones entre los sexos debían ser consideradas como una de las dimensiones fundamentales de la sociedad y, en consecuencia, había que incluirlas en la teoría social y la política” (Sanahuya, 2002: 17).

Esta definición de patriarcado, que incluye la apropiación por parte de los hombres de la capacidad sexual y reproductiva de las mujeres, es ampliada por Lerner (1990) vinculando patriarcado con cambios en la organización del parentesco y en las relaciones económicas, a la aparición de burocracias civiles y religiosas, ligadas en periodos de tiempo al desarrollo de los primeros estados y al surgimiento de cosmogonías que incluían una gran cantidad de divinidades masculinas.

Por otro lado Morace (1993) indica que el nacimiento del patriarcado estuvo acompañado de una cadena o serie de coerciones ininterrumpida que implicaban el uso de la fuerza y la presencia de especialistas —ejército, sacerdotes, jueces, etc.— para ejercitarla. Morace indica que sí existieron sociedades “matrísticas”, anteriores al patriarcado, que fueron erradicadas y subyugadas por la imposición del poder masculino. En este sentido el igualitarismo es sustituido por la competencia, imponiéndose la omnipotencia y omnipresencia de la coerción, la violencia y el control.

Así mismo esta autora que define a las sociedades matrísticas como sociedades asamblearias y de discurso, negociación y paz caen ante la privación de los derechos políticos para gran parte de su población —mujeres, niños, extranjeros, etc.—, surgiendo cargos políticos que se convierten en hereditarios — por vía masculina- y retribuidos, es en este momento en el que aparece la propiedad privada.

Carol Pateman (1995) señala que el patriarcado como sistema de poder político sigue en plena vigencia aunque su definición continua siendo ambigua y confusa. Pateman ve necesaria la distinción de tres formas de patriarcado con el fin de evitar ambigüedades, formas que aun siendo diferentes no se excluyen entre sí. La primera forma es la del pensamiento patriarcal tradicional el cual asimila todas las relaciones de poder al derecho paterno o regla del padre -mencionada anteriormente por la cual se abre el debate del agotamiento conceptual del patriarcado-, un pensamiento acompañado de toda una mitología sobre cómo surge la propiedad privada a partir del nacimiento de la familia, lo cual deja en vigor la tesis propuesta por Engels. La segunda forma consta de la teoría del patriarcado clásico, la cual sostiene que el poder patriarcal y el poder político no son análogos sino por el contrario idénticos. Los hijos nacen bajo la sujeción de sus padres y por ello bajo la sujeción política. Es en este sentido cuando se considera al derecho político como natural y no convencional, siendo el poder político paternal cuyo origen es el poder del procreador del padre.

La tercera forma es la del patriarcado moderno, que consiste en la transformación a finales del siglo XVII –el periodo de la acumulación del capital- de la teoría clásica del patriarcado, mediante las aportaciones de los teóricos del contrato social. Es el patriarcado moderno denominado “fraternal y contractual” y especulador de la sociedad civil capitalista.

El concepto de patriarcado tuvo una gran acogida en los Estados Unidos sobre todo durante la década de los setenta, poco después se afianzo en Europa y no fue hasta mediados de la década de los ochenta cuando se extiende el concepto de patriarcado a otros países de Asia, América latina y África, en el caso de los países que estaban en proceso de lucha por su independencia colonial este retraso se pudo deber “al temor que la lucha contra el patriarcado quebrantara la solidaridad de las mujeres de izquierdas con sus hombres en las guerras de liberación contra el colonialismo” (Rivera, 1994: 74-75).

Todos estos estudios sobre patriarcado centraron su atención en exponer cómo el derecho de los hombres estructura las relaciones de poder sobre el cuerpo de las mujeres, dirigiendo su atención a la subordinación de las mujeres y considerando la reproducción y/o la sexualidad femenina como las claves del patriarcado. De ahí la importancia de la sexualidad en los procesos de violencia de género.

El patriarcado desde estos primas consiste en “una toma de poder histórica por parte de los hombres sobre las mujeres, cuyo agente ocasional fue de orden biológico, si bien elevado éste a categoría política y económica. Dicha toma de poder pasa forzosamente por el sometimiento de las mujeres a la maternidad, la represión de la sexualidad femenina y la apropiación de la fuerza de trabajo total del grupo dominado, del cual su primer pero no único producto son los hijos...” (Sau, 1990: 237-238).

La categoría patriarcado se atribuye así misma todo lo negativo de la experiencia pasada y presente de las mujeres, se presenta como “algo a histórico, eterno, invisible e inmutable” (Lerner, 1990:67). Un término que sigue en vigor y vigencia –utilizado para ser criticado- y que hace clara referencia a la sujeción de las mujeres, singularizando la forma de derecho político que detentan los varones.

Una vez perfilado el contexto social en el que los sujetos han vivido, viven y vivirá la humanidad, el patriarcado, no nos cabe duda alguna que ese sistema de poder marca la cosmovisión y las realidades del sujeto que habita en una sociedad, dirigida, creada y marcada por los valores, pautas, moral, conducta, distribución productiva y social, etc por el modelo patriarcal de sociedad y poder.

La socialización en su amplio sentido se lleva a cabo en contextos sociales, no lejos de una colectividad, influida por ésta y por los grupos sociales inmediatos y de referencia para con el sujeto en vías de socialización. En todo esto cabe el patriarcado, como sistema

lo abraza todo incluyendo la socialización de los individuos, influyendo en las actitudes, conductas, formas de ser y pensar de aquellos que pasan por sus redes.

La memoria colectiva, el consciente e inconsciente colectivo va forjándose a golpe del cincel del sistema social que encabeza el poder, es por ello por lo que esta memoria colectiva posee infinitud de matices discriminatorios contra los “otros”, en este caso las “otras” las mujeres. La diferencia en el patrón general del patriarcado y en los patrones generales de la memoria colectiva se va tornando en desigualdad en cuanto que se incluye el factor división de poderes y reparto o división del trabajo sexual, una base fundamental del concepto del patriarcado como bien hemos contemplado anteriormente.

Reflexionar entorno a la violencia de género y el patriarcado puede representarse en una serie de pasos a considerar la construcción de la identidad en cuanto a las esferas de interacción del sujeto con la violencia como problema estructural y no coyuntural. Los diferentes tipos de violencia manifiesta, latente e invisible o invisibilizada. Las esferas sociales de carácter público y privado.

La construcción de la identidad se lleva a cabo de manera par al proceso de socialización, ésta inicia con el nacimiento del sujeto, dura a lo largo de toda la vida y se funda en las relaciones que se establecen entre el individuo y los demás grupos sociales, sean estos primarios o secundarios. Un proyecto de vida en el que cada individuo va discerniendo entre quien es, quien quiere ser y quien es para los demás, una construcción del yo hacia el vosotros y el nosotros que va cambiando según cosmovisiones de los agentes de socialización.

Dependiendo de qué variables sociológicas –incluyendo aquí todas las variables sociales- se den en ese momento en el contexto sociocultural, los grupos se irán constituyendo en agentes socializadores para cada rol social. Edad, estatus económico, género y etnia por ejemplo, como variables a considerar marcan el recorrido en la conformación y construcción identitaria, la socialización no es inocua a las variables sociales.

En el momento que los sujetos son adscritos a un género determinado, regido por el patrón heteronormativo del patriarcado que no es otro que el sistema sexo/género binario –masculino/femenino-, el sujeto ya con su género -por imposición social- recibe un bagaje cultural distinto en todas y cada una de las esferas o espacios sociales en los que transite desde su nacimiento y a lo largo de todo su proceso de socialización y resocialización. En todas y cada una de esas esferas sociales se haya codificada las normas del patriarcado, los valores y la cosmovisión que hace que la diferencia termine siendo desigualdad, que se perciba a la mujer como otra, un sujeto infravalorado e infravalorable, un objeto más que un sujeto, ofreciendo un desigual reparto de poderes y espacios sociales. El privado para a ser espacio de la mujer, el público es el espacio del hombre, recayendo de esta forma todo el poder fáctico y real sobre él (Pérez Fernández, 2009).

En estos procesos de socialización y conformación de la identidad, las interrelaciones que se efectúan entre el sujeto y la sociedad están plagadas de añadidos, sujeciones e intenciones que dirigen o re dirige la vida de los sujetos al son de las necesidades, intereses o deseos de quien o quienes detentan el poder. El sistema, en este caso ya definido rotundamente como patriarcal, marca unas tecnologías de poder que como bien define Michel Foucault (2005a;2005b y 2005c; 2010) empujan al sujeto social a su sujeción por la biopolítica, tecnologías de poder que se enmarcan perfectamente en los intereses de la dominación masculina, una biopolítica (Foucault, op cit), tecnopolítica (Winner, 1987), infopolítica (Lash, 2005) y psicopolítica (Byung-Chul, 2014) que siguen las pautas de la otredad femenina, un proceso de othering (Young, 2012) que se entremezcla con los logros civiles, legales, políticos y económicos conseguidos.

## **2. Cuando lo Normal se Convierte en una Trampa: Microtecnologías de Poder del Género**

Si bien es cierto las grandes violencias son vistas e identificadas no sólo por su condición dolosa sino por su existencia en el marco legislativo, en ocasiones las “cosas” pasan a existir cuando las enmarcamos dentro de una tecnología de poder (Foucault, op. cit), en el caso de la violencia contra las mujeres ésta comienza a ser visible y a “existir” como un problema social –que lo ha sido desde siempre- en el preciso instante en el que las leyes y las estructuras de poder la van incorporando, enunciando y legislando el problema identificado como tal.

Además de las violencias visibles, la violencia física y psicológica que queda situada en el marco de la ley y de lo punible, existen muchas otras violencias contra la mujer que lastran de igual manera la capacidad de poder y el avance en materia de igualdad de oportunidades, derechos y reconocimiento público, social, político y cultural. Unas violencias invisibles pero dañinas que son la antesala en ocasiones de la violencia física así como son el lastre del que todas las mujeres tienen que tirar para poder conseguir unas oportunidades y unas condiciones de paridad lógicas e idénticas a las de sus compañeros varones.

Estas violencias designadas por muchas y muchos como violencias blandas, violencias de corto alcance o micromachismos forman parte de una trampa mayor, la trampa de lo cotidiano, del día a día, de la gota que hace mella por su insistencia en la piedra. Es la insistencia, la replicación o performatividad, la normalidad o cotidianeidad lo que hace que estas violencias no sean tan visibles, además de que su existencia reside en multitud de ocasiones en las esferas de lo doméstico, privado y emotivo sentimental de las relaciones inter personales y sentimentales (Llorente, 2014).

Aunque la mujer en algunos lugares del mundo, concretamente en el caso que nos ocupa es el de España, ha logrado alcanzar cotas de poder público sigue lastrada no sólo

por esas microviolencias o micromachismos sino por fallos estructurales y sistémicos, no debemos olvidar que la inquina hacia la mujer, las estructuras de poder y de intereses del patriarcado, se encaminan a arrinconar a la mujer a una posición de clara inmanencia, dejando que no logre sus metas profesionales de forma completa, haciendo que siempre salga a la luz sus “cualidades naturales” de mujer, madre, cuidadora y emocionalmente activa (Gallego, 2010), lo cual la re-sitúa de continuo en esa posición de lo emocional –por lo tanto lejano a lo racional-, de lo doméstico y de las esferas de cuidado y subordinación. Aun así son muchas metas las alcanzadas, su incorporación en el mercado laboral –incorporación a medias y criticable-, su capacidad de poseer una independencia política, ideológica, económica y educativa, etc., hacen que la mujer española del siglo XXI se aleje cada vez más de la mujer que fue sobre todo durante el Franquismo, ese “ángel del hogar” (Cayuela, 2014).

“Los micromachismos comprenden un amplio abanico de maniobras interpersonales que impregnan los comportamientos masculinos en lo cotidiano (...) Los micromachismos son microabusos y microviolencias que procuran que el varón mantenga su propia posición de género (...) Están en la base y son el caldo de cultivo de las demás formas de violencia” (Bonino, 1995: 4). El término micromachismo o microviolencias de género nace con el fin de identificar aquellas conductas cotidianas, sutiles y comunes que forman parte de las estrategias de control patriarcal.

Materializados en actitudes, conductas y comportamientos los micromachismos no son más que estrategias de control dosificadas en pequeñas acciones o acciones propias de lo cotidiano y el día a día, es por ello por lo que son tecnologías de control menos visibles y por ello más dañinas.

Estas pequeñas formas de manifestar el machismo y la indiferencia o infravaloración a las mujeres han ido haciendo mella en cómo la cultura y la sociedad ha ido conformando los espacios de poder de género, dejando claro que las diferencias y desigualdades en materia de género siguen vigentes y mantienen intactos los tradicionales espacios de poder: el poder público/masculino y la esfera privada y doméstica/femenina.

Los micromachismos suelen permanecer invisibles o por intereses invisibilizados, camuflados, escondidos, interiorizados y normalizados puesto que se dan en las esferas sociales de lo más íntimo y privado, en lo interpersonal e interrelacional, formando parte de los circuitos cerrados de lo usual dentro de una comunidad en concreto (Martínez y Bonilla, 2000). Micromachismos en su mayoría están legitimados por la sociedad y la cultura que los rodea, son actitudes de tolerancia permitida, son prácticas de dominación masculina que se dan en la vida cotidiana, como por ejemplo interrumpir cuando una mujer habla, hacer chantaje emocional, controlar los contactos y horarios de las mujeres, criticar su ropa o el maquillaje, abusar de la condición de cuidadora, decir un piropo o miradas lascivas, ocupar más espacio en el transporte público impidiendo que la mujer pueda sentarse cómodamente.

Como podemos contemplar los micromachismos son comportamientos abusivos, micro comportamientos que se tornan en efectivos puesto que el orden social preponderante, el sistema cultural del patriarcado, los ratifica y valida. Se ejercen de manera reiterada hasta que anulan a las mujeres o merman su autonomía. La forma en la que se ejercen y lo sutil de su existencia, así como su reiteración, hacen que en la mayor parte de las ocasiones éstos pasen desapercibido e inadvertidos para la sociedad y para sus víctimas.

Estos comportamientos abusivos se diferencian en cuatro tipologías descritas por Bonino (1995, 2005) y que representamos en la siguiente tabla.

<b>Tipo</b>	<b>Explicación</b>	<b>Actitudes, comportamientos y actos.</b>
Utilitario	Éstos se corresponden con estrategias de imposición de sobrecarga por evitación de responsabilidades, ya sea éstas domésticas, familiares, laborales, intelectuales o nutricias.	No responsabilizarse sobre lo doméstico, no implicarse, seudo implicación o implicación ventajosa, aprovechamiento abusivo y naturalización de las capacidades “femeninas de servicio” y de cuidado, delegación de las tareas de cuidado en la mujer, negación de la reciprocidad, naturalización y aprovechamiento de la ayuda, amiguismo paternal.
Encubiertos	El varón oculta su objetivo de dominio, maniobras extremadamente sutiles e imperceptibles en la mayoría de las ocasiones que suponen una doble trampa, la cultural y la de la normatividad social, por su invisibilidad e inadvertidad son más efectivas que las maniobras llevadas a cabo en los micromachismos directos.	Falta intimidad, silencio, aislamiento y malhumor manipulado, puesta de límites, avaricia de reconocimiento y disponibilidad, inclusión invasiva de terceros y colisión con terceros, seudointimidad, seudocomunicación, comunicación defensiva-ofensiva, engaños y mentiras, manipulación emocional, enfurruñamiento, dobles mensajes afectivo/agresivos, hacerse el inocente, abuso de confianza, seudonegociación y desautorización, descalificación y desvalorización, negación de lo positivo, autoindulgencia y autojustificación, minusvaloración de los propios errores, echar las culpas a otra persona o a la situación, hacerse el bueno o el tonto, olvidos selectivos

<b>Tipo</b>	<b>Explicación</b>	<b>Actitudes, comportamientos y actos.</b>
De crisis	<p>Suelen utilizarse para restablecer el reparto previo de poder y mantener la distribución desigual de poder en el momento en el que el poder de la mujer aumenta, ya se deba este aumento a cambios exógenos a su postura personal como puede ser un cambio en su vida o por la pérdida de poder por parte del varón debido a incapacidades físicas, económicas, sociales y /o personales.</p>	<p>Hipercontrol, seudoapoyo, resistencia pasiva y distanciamiento, regir la crítica y la negociación, prometer y hacer méritos, hacerse la víctima, dar lástima.</p>
Coercitivos	<p>Actos o comportamientos donde el varón usa la fuerza moral, psíquica, económica o personal para intentar doblegar a las mujeres y convencerlas de que ellas no tienen la razón, provocando en ellas un sentimiento de derrota posterior al comprobar que la pérdida, ineficacia o falta de capacidad y/o peso político suficiente como para poder defender sus propias decisiones o razones.</p>	<p>Coacciones a la comunicación, control del dinero, uso expansivo o abusivo del espacio y el tiempo APRA sí, inexistencia abusiva, imposición de intimidad, apelación a la superioridad de la lógica varonil, toma o abandono repentino del mando.</p>

Tabla 1, creación propia a partir de Bonino 1995, 2005.

Pero además de la clasificación y descripción hecha de las herencias del patriarcado, los micromachismos, debemos hacer mención a otras designaciones de interés e importancia a la hora de comprender la violencia contra la mujer desde una perspectiva micro social, en este caso hablaremos del sexismo benevolente.

Por sexismo benevolente se entiende el pensamiento que concibe y considera a las mujeres como sujetos complementarios al varón, naturalizando la diferenciación jerarquizada entre los sexos y justificando el mantenimiento de los roles y discriminación de género. Es un tipo de sexismo al igual que los micromachismos muy perjudicial en este caso no niega a la mujer el acceso a las esferas de poder públicas –económica, educativa, laboral, sanitaria, económica, etc.,- pero por el contrario hace que la mujer tenga que ser ante todo mujer, en el marco del significado cultural que ello conlleva sería que la mujer ha de actuar de manera subordinada y someterse al cumplimiento de los estereotipos de género tradicionales, es decir: ser madre, esposa, cuidadora y objeto de deseo –amante-. Este tipo de sexismo benevolente hace que las mujeres adquieran unos síndromes, sociales, psicológicos y culturales, a considerar (Simón, 2003:100):

Síndrome de cenicienta, este síndrome consiste en la auto percepción de mujer como torpe, falta de habilidades y que precisa continuamente de dependencia masculina, en este sentido las mujeres que se encuentran bajo este síndrome serían mujeres candidatas a padecer acoso sexual o a ser víctimas claras de violencia de género, así como a ser meros objetos decorativos las común mente denominadas –peyorativamente- mujeres florero o mujeres cuota, mujeres que ornamentan o rellenan candidaturas o que sirven para mostrar una imagen políticamente correcta de instituciones, empresas o asociaciones (Simón, 2003:101). El síndrome de la becaria desclasada, muy propio de mujeres que se camuflan como varones hasta tal punto que rechazan cualquier manifestación femenina por la carga simbólica de inferioridad y negatividad que ello conlleva. Este síntoma suele estar representado por mujeres que llegan a cuotas de poder imitando las estrategias masculinas y asimilando cierto autoritarismo, competitividad negativa y machismo. Por último Simón hace mención del síndrome de la abeja reina, un síndrome que es propio de mujeres que adquirieron posiciones de poder o de reconocimiento importantes y que creen que el esfuerzo y el mérito permite a las mujeres llegar allá donde quieren llegar, tal y como a ellas les ha sucedido. Por lo general este tipo de personas suelen rechazar cualquier medida anti sexista o impulsadota de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Así como existen otros tipos de machismos “de baja intensidad” o micromachismos que no están especificados pero que sí los podemos detectar por su daño y por lo deducido de la incursión cualitativa que se hizo a este respecto.

### 3. Identificación de Otros Micro Machismo no Representados por Teorías Expuestas

Para poder realizar esta identificación se realizaron dos aproximaciones o incursiones utilizamos una incursión y/o exploración metodológica de tipo cualitativo basado en dos grupos de discusión realizados tras un taller sobre micromachismos, los participantes del taller y de los grupos de discusión eran alumnos y alumnas universitario de edades comprendidas entre los 20 y 24 años, el taller se impartió a todo el grupo (23 hombre y mujeres) y se dividió en dos grupos de discusión o grupos focales de la siguiente forma: grupo número uno compuesto por 12 personas (5 varones y 6 mujeres) y el grupo dos compuesto por 11 personas (4 varones y 6 mujeres).

Tras el análisis de las teorías expuestas en este trabajo y la identificación de actitudes y comportamientos que están englobados en las cuatro categorías de micromachismos expuestas por Bonino (1995, 2005) y los síntomas descritos por Simón (2003) se procedió a identificar otros tipos de micromachismos que se escapaban a los expuestos en el taller, en este sentido se pudo describir en un primer momento los micromachismos derivados del uso del lenguaje, insultos y palabras mal sonantes que hacen referencia a la mujer o a lo femenino, infravaloriándola, peyorizándola y minusvalorándola. La ausencia de un lenguaje inclusivo y lo engorroso que supone utilizar un uso no sexista y discriminatorio o peyorativo del lenguaje.

Muchas veces usamos el lenguaje no sexista, el inclusivo cuando hablamos de cara a un público numeroso, por ejemplo en las asambleas de alumnos y alumnas, y creo que es necesario, pero la gente se cansa y se pierde con tanto nosotros y nosotras, ellos y ellas, etc., pero el lenguaje inclusivo es necesario, no usarlo es un micromachismo (Varón de 22 años).

Siempre con el coño en la boca, que si esto es un coñazo, que si eres un hijo de mala madre, que si la madre que te parió, que si mala perra...etc., el español está lleno de palabras mal sonantes en femenino, hasta para insultar a un hombre se usan términos en femenino, eso es machismo encubierto (Mujer de 21 años).

El lenguaje es fundamental para que la gente no sea machista y en España hablamos muy mal, somos machistas en el lenguaje (Mujer 24 años).

Otros micromachismos que se dedujo de los grupos focales giraba entorno a los piropos y el humor, en ambos grupos lo designaban como micromachismos culturales, otros los designaban, haciendo clara referencia a los piropos y cortesías varias, micromachismos de cortesía o “caballerosidad”, groseros y soeces, actos intimidatorios sexualmente hablando para las mujeres. En este sentido comentaban cómo los chistes y el humor es tendente a ridiculizar a lo femenino y ha ridiculizar al hombre afeminado, así como en el caso de los micromachismos de caballerosidad o cortesía grosera casi la inmensa mayoría

de los y las participantes en los grupos de discusión hacían mención a una violencia sexual indirecta en los mismos, siendo éstos los más desagradables y deplorables, considerados por los miembros de los grupos como violencia sexista y sexual.

Cuando estoy en la puerta de la discoteca y veo que a mis amigas las dejan entrar gratis siento pena, muchas veces les digo que eso es machismo y que las consideran trozos de carne para atraer a clientes chicos (Varón, 23 años).

Yo no voy a discotecas donde me tratan como un objeto, si quiero ir me pagan mi entrada, lo otro es violencia sexual, te consideran un objeto sexual, un atractivo para los demás (Mujer, 20 años).

Es asqueroso cuando alguien te piropea o te dice una grosería, no hace nada de gracia, te sientes desnudada, yo me siento mal, es una agresión en toda regla (Mujer, 23 años).

Es asqueroso ver cómo en el vídeo en el que una mujer pasea por las calles de Nueva York durante un día y los hombres le sueltan groserías y la increpan cuando ella no hace otra cosa más que andar por la calle, sin meterse con nadie y sin hacer nada más que andar, ahora va resultar que andar es una provocación (Mujer de 25 años).

Los hombres creen desde pequeños que decir piropos es algo que agrada a las mujeres, creo que lo toman como una forma de agredir y demostrar su masculinidad haciéndolo pasar mal a las mujeres (Varón, 23 años).

Otro tipo de micromachismos que se detectaron en los grupos de discusión son los mediáticos y publicitarios, en este sentido hablaron de lo perjudicial que es el papel de los medios de comunicación en este sentido, la difusión de programas que hacen apología de los roles de género tradicionales, que siguen reivindicando la función clásica de la mujer como cuidadora, madre, esposa y/o amante, manteniendo la idea de la mujer como un objeto y no como un sujeto, una persona en continua minoría de edad o en perpetua inmanencia e inferioridad para con los varones. Esta imagen infravalorada, victimista y en ocasiones hiper sexualizada o extremadamente sexual de la mujer no hace nada por generar dinámicas que hagan y posibiliten la consecución de la igualdad de oportunidades y la positivación en poder y valorización de la mujer.

En algunos canales de televisión lo único que te muestran es la imagen de mujer florero o mujer bella, maziza pero tonta (Varón, 21 años)

La publicidad está plagada de mujeres como objetos: o son madres, o son esposas o son bellas pero tontas (Mujer, 20 años).

Muchas revistas femeninas, como por ejemplo la Cosmo, siguen perpetuando la imagen tradicional, pero a la vez liberada sexualmente, de la mujer, ella siempre tiene que estar perfecta y apetecible para el hombre (Mujer, 23 años).

A esto hay que sumar otro micromachismo que deriva de la supervaloración de lo romántico y lo emocional irracional del amor como última expresión de las relaciones interpersonales, la llamada por los grupos de discusión violencia romántica.

Te venden que ser romántico es querer a la persona, pero eso es un mito: ni regalar rosas significa que te aman ni tener celos significa que te quieren, es todo lo contrario, te compran y te manipulan (Mujer, 24 años).

El príncipe azul, la mujer de tu vida, la felicidad de estar juntos, la vida en rosa, todo eso para dominar tu vida (Varón, 23 años).

Os cuentan el cuento de lo romántico para dominaros, y lo peor es que la gente se lo cree, es así desde hace tanto tiempo...desde casi Adán y Eva (risas) (Varón, 20 años).

Ser romántico es dominar a tu chica (Varón, 24 años).

Sin duda la experiencia del otro nos muestra cómo hay multitud de machismos invisibles aún por identificar y como no por visibilizar.

#### 4. Conclusiones

Muchas de las consideraciones teóricas sobre las microtecnologías de poder que hemos podido recopilar, en primer lugar a través del marco teórico y del recorrido por el patriarcado y su nacimiento, así como por la experiencia investigadora y profesional de especialistas en violencia de género (Bonino, 2005 y Simón, 2010, Osborne, 2010), han dado su fruto empírico y reflexivo con el fin de cumplimentar las tipologías sobre micromachismos y microviolencias, algunas obviadas otras inadvertidas por su naturalización, en ese sentido de la incursión exploratoria realizada mediante los grupos de discusión pudimos diferenciar otras clasificaciones anteriormente no indicadas a señalar: micromachismos lingüísticos, que si bien es cierto este tipo de violencias se vienen estudiando desde el lenguaje, la etno lingüística, la semántica, la semiología y la literatura, etc., disciplinas todas ellas que pretenden hacer un llamamiento por el tratamiento no sexista del lenguaje (Calero, 1999; Gorddard y Patterson, 2005; García Messeguer, 1994; Furtado, 2013) el lenguaje sigue marcando realidades, creándolas y siendo una de las tecnologías de poder, por su capacidad enunciativa y constructora de la realidad, así como por su capacidad de otorgar o no visibilidad o poder a las personas, hechos o cosas. El lenguaje forma parte de las raíces mismas de una cultura y su sociedad, éste marcará y creará las realidades que enuncia, haciendo que éstas sean tal y como son dichas: si el insulto es femenino lo que se *peyoriza*, infravalora y minusvalora es lo femenino, siendo esto un motivo fundamental para decir que el uso del lenguaje de manera sinuosa y sesgada es pura micro violencia. No podemos olvidar que el castellano, desde tiempos de su conformación, ha estado instalado en una misoginia simbólica que ha construido una forma de pensamiento hasta

hoy inalterada, la mayoría de los insultos que se usan son de carácter femenino, así como aquellos términos que pretenden negativizar algo son alusivos a lo femenino, así “coñazo” o “coño” o “portera” se usan en negativo o para infravalorar un hecho, una acción o a una persona (Martínez García, 2008).

Otro de los micromachismos es el del humor, viendo cómo el humor en nuestra cultura es tremendamente misógino y homófobo, cebándose en las alteridades y *otredades* sociales, los homosexuales y las mujeres –los otros sujetos sexuales no hetero masculinos-. Respecto al humor indicar que tanto los participantes en los grupos de discusión como algunos y algunas expertos y expertas en materia de género tienden a considerar que la ridiculización pública, colectiva y desde un artefacto cultural, como es la narrativa humorística, tiende a tener un efecto doblemente negativo, por un lado consigue su objetivo de deslegitimar y humillar al otro –en este caso que nos ocupa a la otra- y por otro lado genera una narrativa cultural que se tiende a perpetuar y repetir, usando el humor como excusa.

El siguiente machismo es el identificado y denominado como micromachismos de cortesía o “caballerosidad”, éstos micromachismos se tienden a fundir con la idea de violencia sexual simbólica, es en este tipo de micromachismos cuando la mujer se siente más coartada públicamente, más violentada y asumen de forma más directa que lo que están sufriendo no es más que una violación de su intimidad y la recepción de algo que ellas no han pedido y que se hace sin su consentimiento, una pérdida completa de su autonomía y un sentimiento de asco y a veces vergüenza que genera en ellas infravaloración. El piropo lejos de ser eso que llaman caballerosidad, que no es otra cosa que machismo adornado, es una pérdida de control de sí mismas, en muchos casos una violación de su intimidad y una agresión sexual –sobre todo por el contenido soez y grosero- simbólica, cultural cercana a lo físico.

El siguiente micromachismo es el de la publicidad enmarcado en los grupos de discusión y cristalizado en los programas o contenidos publicitarios, así como series de televisión y películas que tienden a perpetuar los estereotipos de género femeninos tradicionales, continuando con la idea de la mujer subordinada y objeto sexual del varón. En ocasiones hacen mención de cómo el sexo o la libertad sexual que muchos de esos medios quieren hacer creer encubren actitudes machistas y abusivas contra las mujeres, coartando su libertad individual y cosificándolas u objetivándolas –es decir convirtiéndolas en cosas y/u objetos-.

Para finalizar el último micromachismo identificado por los grupos de discusión fue el micromachismo de tipo romántico, el vender lo romántico y el amor romántico como medio, fin y objetivo último de la vida de la mujer, un romanticismo que no es más que una traducción de la puesta en escena de la manipulación emocional de roles tradicionales

de género, un relato social que narra la vida al estilo de un cuento de hadas donde ella ha de ser la princesa de tus sueños y él el príncipe azul, dulce y amorosa y él fuerte y protector (Walter, 2010). Este micromachismo también se identifica con los nuevos estilos de vida de la sociedad de consumo, la mercantiliación de la vida íntima, el consumir emociones y el vivir sentimientos consumibles pero encaminados a una dualidad de género en la que las mujeres han de mantener el papel tradicional de subordinación a los deseos del varón (Russell Hochschild, 2008)

Lo que sí tenemos claro es que mientras estos micromachismos no se visibilicen y traten de eliminar de las raíces culturales y en el día a día social la violencia, sea esta visible o invisible seguirá inalterada. Posición que merma de manera directa las oportunidades de paridad, igualdad y mejora de las condiciones de las mujeres. La violencia es sistémica, estructura y endémica, deviene de unos procesos víricos por contaminación socializadora que hacen que la mitad de la humanidad viva en situaciones de clara desventada y falta de derechos. Educar es una de las armas, luchar contra la cultura a veces es como darse golpes contra una pared mientras no se sensibilice a los miembros de esa cultura, hasta que no se les hace ver que el daño de lo que ellos y ellas consideran normal es inmenso, tanto que afecta a todos y todas los miembros de la comunidad, una sociedad desigual es una sociedad sin capacidad de desarrollar de manera correcta, positiva y ética.

Como pequeño ejemplo de herramienta socializadora y sensibilizadora desde las nuevas tecnologías, unos micro espacios del ciberfeminismo o ampliaciones del mismo, podemos referir a aplicaciones para móvil que pretenden sensibilizar en materia de micromachismos y coeducar en la igualdad tal y como la app que está a modo de prueba en la web <http://enredatesinmachismo.com/app-para-smartphones/> y que tienen como misión hacer reflexionar al respecto de aquellas actitudes, comportamiento o actos micromachistas. No podemos olvidar la lucha feminista que desde la plataforma Hollaback (<http://www.ihollaback.org/>), red social que opera en 50 ciudades de 17 países, y que ha lanzado diversas campañas de concienciación para hacer ver cómo las mujeres sufren acoso callejero cuando caminan por las calles de sus ciudades, se esta llevando a cabo, sus videos que demuestran ese acoso y los piropos como arma sexista son muestra de los micromachismos que se han mencionado en esta reflexión entorno a las microtecnologías de poder, esos micro machismos que tienen como fin sujetar al sujeto viviente, en este caso a la mujer, orientando su posición social a la de subordinación e infravaloración, manteniendo con ello los roles tradicionales de género intactos.

## 5. Referencias

BARRY, H; BACON, M.K, CHILD, I.L. Una revisión transcultural de algunas diferencias de sexo en la socialización” en VELASCO, H. (coord.). **Lecturas de antropología social y cultural**. Madrid, UNED. 1995.

- BONINO, L. Desvelando los micromachismos en la vida conyugal. En CORSI, J. (ed). **Violencia masculina en pareja, Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención.** (pp. 191-208). Buenos Aires, Paidós. 1995.
- BONINO, L. La violencia invisible en la pareja. En **Primeras Jornadas de género en la sociedad actual.** (pp.25-45). Valencia, Generalitat Valenciana. 1996.
- BONINO, L. “Las microviolencias y sus efectos: claves para su detección”, en RUIZ-JARABO, C; BLANCO, P (Coords.), **La violencia contra las mujeres: prevención y detección.** Madrid, Díaz de Santos. 2005.
- BYUNG-CHUL, H. **Psicopolítica.** Barcelona, Herder. 2014.
- CALERO, M.A. **Sexismo lingüístico.** Análisis y propuestas ante la discriminación sexual en el lenguaje. Madrid, Narcea. 1999.
- CARRIÓN, F. Violencia y medios de comunicación: populismo mediático, en **Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana.** N°5, pp. 7-10. 2008.
- ENGELS, F. **El origen de la familia, la propiedad privada y el estado.** Madrid, Alianza Editorial. 2008.
- FERRER PÉREZ, V; BOSCH FIOL, E. **Introduciendo la perspectiva de género en la investigación sobre violencia de género, en Anales de psicología.** Vol 21, n°1, pp. 1-10. 2005.
- FOUCAULT, M. **Historia de la sexualidad I: La voluntad del saber.** Madrid, Siglo XXI. 2005 a.
- \_\_\_\_\_. **Historia de la sexualidad II: El uso de los placeres.** Madrid, siglo XXI. 2005 b.
- \_\_\_\_\_. **Historia de la sexualidad III: El cuidado de sí.** Madrid, Siglo XXI. 2005 c.
- \_\_\_\_\_. **Vigilar y Castigar.** Madrid, Siglo XXI. 2010.
- FURTADO, V. El lenguaje inclusivo como política lingüística de género, en **Revista digital de políticas lingüísticas.** Vol 5, pp. 48-70. 2013.
- GALLEGO AYALA, J. Eva devuelve la costilla. **Nuevo estado de conciencia de las mujeres.** Barcelona, Icaria. 2010.
- GARCÍA MESEGUER, A. **¿Es sexista la lengua española?** Una investigación sobre el género gramatical. Barcelona, Paidós. 1994.
- GINER, L. **La ballena y el reactor.** Barcelona, Gedisa. 1987.
- GODDARD, A; PATTERSON, L.M. **Lenguaje y Género.** Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2005.
- GUTIÉRREZ-ZORZNA, M; NOTARIO PACHECO, B; MARTÍNEZ-VIZCAÍNO, V (coord.). **Violencia doméstica contra las mujeres en la prensa escrita.** Cuenca, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha. 2009.

- LASH, S. **Crítica de la Información**. Buenos Aires, Amorrurtu. 2005.
- LERNER, G. **La creación del patriarcado**. Barcelona, Crítica. 1990.
- LLORENTE ACOSTA, M. **Tú haz la comida que yo cuelgo los cuadros**. Madrid, Crítica. 2014.
- MARTÍNEZ BENLLOCH, I; BONILLA CAMPOS, A. **Sistema sexo/género, identidades y construcción de la subjetividad**. Valencia, Universidad de Valencia. 2000.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. A. **El lenguaje de género y el género lingüístico**. Oviedo, Universidad de Oviedo. 2008.
- MARTÍNEZ PÉREZ, A. El vuelo de la alondra: violencia sistémica y familiar. En Sociedad y Utopía, **Revista de Ciencias Sociales**, n°31, pp. 125-140. 2008.
- MILLET, K. Política sexual, Madrid, Catedra. 2010.
- MOLINA, E; SAN MIGUEL, N. (coord.). **Nuevas líneas de investigación en género y desarrollo**. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid. 2009.
- MORACE, S. **Origine donna: dal matrismo al patriarcato**. Roma, Prospettiva edizioni. 1993.
- ONU. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General, 20-12.1993 (Doc. G.A. Res. 48/104), 1994. Disponible en <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.res.48.104.sp?opendocument>. [Consultado el 2 de mayo de 2013].
- PATEMAN, C. **El contrato sexual**. Barcelona, Antrophos. 1995.
- PENALVA, C. El tratamiento de la violencia en los medios de comunicación. En Alternativas. **Cuadernos de trabajo social**, n° 10, pp. 395-412. 2002.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, I. **Espacio, identidad y género**. Sevilla, Arcibel. 2009.
- RIVERA, M. **Nombrar el mundo en femenino**. Pensamientos de las mujeres y teoría feminista. Barcelona, Icaria. 1994.
- RUSSELL HOCHSCHILD, A. (2008). La mercantilización de la vida íntima. Apuntes de la casa y el trabajo. Madrid, Katz.
- SANAHUYA, M.E. **Cuerpos sexuados, objetos y prehistoria**. Madrid, Cátedra. 2002.
- SAU, V. **Para una teoría del modo de producción patriarcal**. Aportaciones para una lógica del feminismo. Barcelona, Lasal. 1986.
- SIMÓN, M, E. ¿Sabía usted que la mitad de alumnos son ciudadanas?. En MARTÍNEZ BONAFÉ, J. (Coord.) (2003). **Ciudadanía, Poder y Educación**. Barcelona, Graó. 2003.

WALTER, N. **Muñecas vivientes, el retorno del sexismo**. Barcelona, Turner. 2010.

YOUNG, J. **El vértigo de la modernidad tardía**. Buenos Aires, DIDOT. 2012.

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: UMA ANÁLISE DE SUA ORIGEM E DA MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS NO ESPAÇO

---

GEOVANY CARDOSO JEVEAUX

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF-RJ), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e juiz do trabalho - Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região.

RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS

Doutor em Direito pela University of California (San Francisco)/UGF (sanduíche), Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Comparado pela Cornell/Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Visiting Researcher da Univeristy of California.

## Resumo

O presente estudo visa a realizar uma abordagem acerca da origem do controle difuso de constitucionalidade, ao analisar, de forma crítica, o significado histórico e político do caso *Marbury vs Madison*, assim como do período que o antecede. Essa análise tem por objetivo desmitificar o parâmetro inicial dessa espécie de controle. Além disso, realiza-se uma investigação detalhada sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito dos efeitos no espaço no tocante ao controle difuso de constitucionalidade, notadamente quanto aos aspectos transcendentais, vinculantes e erga omnes das decisões proferidas.

## Palavras-chave

Controle; Constitucionalidade; Efeitos; Difuso; Origem.

## Abstract

This study aims to realize an approach about the origin of the judicial review, to analyze, critically, the historical and political meaning of *Marbury vs. Madison* case, as the period that precedes it. This analysis aims to demystify the initial parameter. In addition, there will be a detailed investigation into the decisions of the Supreme Court (STF)

on the effects in space with respect to judicial review, notably about the transcendent aspects, binding and erga omnes of judgments.

## Key words

Judicial; Review; Origin; Supreme; Court; Effects.

## 1. Introdução

Há dois aspectos, no âmbito no controle de constitucionalidade, que parecem nos levar a um lugar-comum se tomarmos como parâmetro a literatura mais básica sobre a temática.

O primeiro deles é relativo à origem do controle de constitucionalidade difuso. Não há como deixar de fazer menção ao caso *Marbury vs Madison* quando se trata dessa espécie de controle. No entanto, não são poucos também os que, em seus escritos, almejam desmitificá-lo, embora não retirando seu significado histórico. O que se pretende pelo presente estudo é, no mínimo, a conscientização a respeito do significado da hierarquização das normas em momento anterior ao julgamento.

“Nula é toda a lei oposta a Constituição”. Essas palavras são retiradas da decisão de John Marshal no referido caso, o que aparentemente concedia competência a todo magistrado norte-americano para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei *lato sensu* em um caso concreto. O que, hoje, é lugar-comum, não o era no início do século XIX. A pirâmide formulada por Kelsen, em que se via a Constituição em seu ápice, nem sempre foi a obviedade.

O presente estudo possui dois focos que, num primeiro momento, poderiam parecer divergentes entre si.

De início, fazermos uma incursão na origem do controle incidental concreto, seja no âmbito do direito comparado, seja no nacional. Pretendeu-se dar um enfoque crítico na análise, na medida em que se investiga o *judicial review* em período anterior ao caso *Marbury vs. Madison*, assim como um estudo de alguns aspectos singulares desse controle no âmbito dos EUA.

O outro aspecto que nos levaria ao lugar-comum seria o relativo aos efeitos (principalmente, no espaço) do controle de constitucionalidade difuso. Principalmente (mas não apenas) em razão da adoção histórica da teoria da nulidade das normas constitucionais, criou-se quase uma dogma a respeito dos efeitos *ex tunc* quando a declaração de constitucionalidade no controle difuso. De outro lado, em razão da própria essência dessa espécie de controle (incidental e concreta), limitou-se, no âmbito espacial, à eficácia entre as partes do processo.

Sabe-se, no entanto, que nos últimos anos (notadamente na última década), há uma manifesta tendência do Supremo Tribunal Federal em flexibilizar esses dogmas tomando por premissa diversos fatores.

Nesse tópico, é realizada uma detalhada análise das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito dos efeitos do controle difuso, notadamente quanto ao espaço, a fim de investigar se o próprio STF tem utilizado as expressões corretas e coerentes referente ao tema.

## 2. Uma Abordagem (Crítica) sobre a Origem do Controle de Constitucionalidade Difuso

Embora darmos, neste texto, uma prevalência ao termo “difuso” – posto que largamente difundida no âmbito jurisprudência – entendemos que as expressões incidental e/ou concreto melhor exemplificam o tema<sup>1</sup>. A essência do controle não é ditada pelo fato de a competência ser difusa entre vários agentes. Embora esse fato seja verdadeiro na maior parte do casos, como o que ocorre no Brasil, temos também que, no plano prático, há casos (de alguns países) em que poucos se utilizam dessa prerrogativa.

E o maior exemplo disso é exatamente o próprio EUA, razão pela qual poderíamos afirmar que merecia, no mínimo, cautela admitirmos que o controle naquele país poderia ser considerado difuso, tendo em vista que, em termos práticos, a competência se “concentra” na mãos de poucos.

Apenas a título de curta menção, podemos citar pequena pesquisa de campo realizada por nós no Estado da Califórnia. Verificamos que um número diminuto de juízes (seja na esfera federal ou estadual), de fato, chegam a deixar de aplicar uma lei em razão de sua inconstitucionalidade em toda sua carreira. Em realidade, não encontramos naquele meio sequer um magistrado que o tenha feito, mas apenas meras (e vagas) menções de que “teriam ouvido dizer” que determinado juiz assim teria agido.

Por outro lado, é, sim, da essência desse controle o fato de a discussão sobre a inconstitucionalidade ser mero incidente processual, havendo o que se denomina por vinculação procedimental (SCARANCA, 1991). Da mesma forma, verifica-se que nesse controle há o fim precípua da solução do caso concreto, motivo pelo qual a preferência reside em razões teóricas e práticas.

De qualquer forma, em termos de origem, não são muitos os que se aprofundam a ponto de afastar da tradicional afirmação segundo a qual o controle de constitucionalidade difuso teria sido proveniente do caso *Marbury vs Madison*.

1 Embora venhamos a utilizar, por diversas vezes no texto, a expressão “difuso”, tendo em vista larga utilização jurisprudencial do termo.

O fundamentos de *Marshall* em sua decisão ecoam com ar de certa obviedade para os dias de hoje, posto que o escalonamento/hierarquização é uma premissa aparentemente inafastável no constitucionalismo ocidental. Mas essa obviedade não ocorria na época. Pontes de Miranda, ao comentar acerca da recepção européia dessa doutrina, assinala que

**(...) basta pensar-se em que, na Alemanha, a sentença do Tribunal do Reich de 4 de novembro de 1925, que se seguiu a de outros tribunais, constituiu assunto sensacional. Tratava-se de ligação à lei e, se a Constituição é a primeira e maior das leis, o que importava em ilogismo era o não-controle.” (MIRANDA, 1946).**

Como dissemos, em uma primeira abordagem menos profunda, costuma-se sempre fazer menção ao caso *Marbury vs Madison*, como parâmetro originário do controle de constitucionalidade. Era o ano de 1801. Fim do mandato de John Adams, derrotado por Thomas Jefferson na eleição anterior. Em seus derradeiros dias, nomeou 42 *justices-of-the-peace* (juízes que apreciavam causas criminais de menor potencial ofensivo). Ao assumir, Thomas Jefferson, no entanto, impediu o empossamento de todos. William Marbury, um dos nomeados, impetrou *mandamus* na Suprema Corte dos Estados Unidos, requerendo concessão da segurança para garantir a sua posse.

O cunho político daquela decisão é transparente. Isso é deduzido, inclusive, pela própria ordem dos questionamentos levantados por John Marshall. Ora, se, ao final, se posicionou pela incompetência daquela Corte Suprema, como pode, então, utilizando laudas e laudas, ter adentrado o âmago da questão? O pressuposto é analisado preliminarmente. É assim hoje, e era ontem. Lá e aqui.

Novamente: essa origem realmente, e necessariamente, passa por essa questão da obviedade, que parece não ocorrer, até os dias de hoje, na doutrina norte-americana. Se, de um lado, a maioria vai sustentar a teoria tradicional, segundo a qual o caso *Marbury vs Madison* veio traçar as linhas preliminares da necessidade da hierarquização da Constituição frente às demais normas, de outro, interessante notar que, até hoje, alguns pesquisadores (PRAKASH, 2003, pp. 887-982) norte-americanos insistem em não aceitar, por exemplo, o controle de constitucionalidade no âmbito das leis federais. Alegam que derivariam de um ativismo judicial proveniente do período pós-colonial.

De uma forma ou de outra, uma posição majoritária (PRAKASH, 2003, pp. 887-982) fortalece sua tese em três premissas básicas:

- 1) Seria o próprio lacônico texto constitucional que consagraria essa doutrina (Article III, Section 2) ao dizer que o poder judiciário teria autoridade sobre todo o direito e a equidade “arising under this Constitution”. Ou seja, é como se houvesse, de acordo com o texto constitucional, o seguinte escalonamento: a) Constituição; b) Poder Judiciário; c) Direito e Equidade.

- 2) A Constituição ao limitar o poder governamental já daria suporte à doutrina do *judicial review*. Quer-se dizer: se por um lado o poder judiciário, por si, não poderia “anular” os atos governamentais, por outro, poder-se-ia, sim, afirmar que esse mesmo poder judiciário ao interpretar a Constituição estaria, indiretamente, afetando esse governo.
- 3) Restou demonstrado que, ao se redigir o texto constitucional, já se entendia que haveria uma espécie de controle do poder legislativo e executivo. Tanto assim é que na Convenção da Filadélfia já não se tinha tanta preocupação em se controlar o poder legiferante, pois a doutrina do *judicial review* já seria o bastante.

Há robusto estudo (TREANOR, 2005, pp. 455-562) no sentido de sustentar a existência de um significativo *judicial review* em período anterior ao caso *Marbury vs Madison*. É que, com efeito, poucos pesquisadores ousam a negar a sua existência pretérita, mas são enfáticos em afirmar que seriam casos remotos e isolados. Treanor, por sua vez, afirma que a prática do *judicial review* é quase imediata ao surgimento da Constituição norte-americana e derivaria, notadamente, pelo fato de a teoria constitucional anteceder toda doutrina do *judicial review*.

Há quem afirme, por sua vez, que a origem do *judicial review* é, essencialmente, corporativa/comercial (BILDER, 2006, pp. 502-566) e, por isso, pretérita. Diferentemente da versão “tradicional”, que se apoia na premissa das teorias do direito ou na estrutura governamental, a autora sustenta que o *judicial review* nada mais seria do que a continuação da antiga prática inglesa da “doutrina da repugnância”. Por ela, já se entendia que a normas ordinárias do direito comercial não poderiam se opor às leis em geral. Essa prática da “repugnância” passou a ser aplicada no período colonial norte-americano.

Afirma-se, portanto, que a prerrogativa do magistrado em “repugnar” a norma ofensiva à Constituição apenas fortaleceu a tese passado da prática colonial. Não haveria, portanto, uma criação originária de uma nova estrutura escalonada de normas

O Brasil recebeu bem essa ideia. Bem, em 1824, o país ganhava sua primeira Constituição. Nela não havia lugar para o controle de constitucionalidade das leis, já que a presença do Poder Moderador impedia que ao Poder Judiciário pudesse ser delegada a função de guardião da Constituição.

Com a proclamação da República, o cenário político modificou-se. A Constituição de 1891 extinguiu o Poder Moderador. Abriu-se campo para a introdução do controle de constitucionalidade. Ao Legislativo foi atribuída a guarda da Constituição, mas não privativamente. Além disso, previa caber recurso das sentenças das justiças dos Estados ao Supremo Tribunal Federal, quando houvesse contestação da validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição.

Mas foi com a Constituição de 1934 que se introduziu o controle de constitucionalidade difuso no direito pátrio. O artigo 179 dispunha sobre a necessidade de maioria absoluta dos votos para que os tribunais declarassem a inconstitucionalidade de lei ou de ato de poder público. Trouxe, ainda, a possibilidade de suspensão, pelo Senado Federal, das leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).

O Estado ditatorial de Vargas refletiu no controle de constitucionalidade. A Constituição de 1937 manteve, em seu artigo 96, o que dispunha a Carta anterior. Acrescentou-se, porém, um parágrafo único que possibilitava ao Presidente da República uma nova apresentação de lei considerada inconstitucional ao Parlamento, quando considerasse tal lei necessária. Caso o Parlamento confirmasse com dois terços de votos em cada Câmara, tornava-se sem efeito a decisão do Tribunal.

A Constituição de 1946 reverteu o quadro retirando o parágrafo único. Seu artigo 200 retomou o controle difuso, nos moldes da Carta de 1934.

A despeito do regime militar a que estava submetido o Brasil, as Constituições de 1967 e 1969 (ou emenda, para os que assim entendem) mantiveram a possibilidade de controle difuso pelo Poder Judiciário (artigos 111 e 116, respectivamente).

A Constituição vigente manteve a tradição. É a inteligência de seu artigo 97.

### **3. Uma Abordagem Crítica sobre os Efeitos no Tempo e no Espaço do Controle Incidental Concreto sob a Ótica do STF**

Em algumas decisões, o STF passou a admitir o emprego no controle difuso da modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei 9868/99 para o modelo concentrado e também uma eficácia transcendente (ao interesse das partes do litígio concreto e à própria decisão), soluções que excepcionam a regra geral da eficácia limitada às partes e que merecem exame dos fundamentos respectivos.

O primeiro desses casos paradigmáticos foi o do RE n. 197.917-8, cujo julgamento teve início em 31.08.1999 e fim em 24.03.2004, com publicação do Acórdão em 07.05.2004.

O objeto sob controle era o art. 6<sup>o</sup> da Lei Orgânica do Município paulista de Mira Estrela, acusado de malferir o parâmetro do art. 29, IV, da CF, no qual se exige uma relação de proporcionalidade entre o número de vereadores e o número de habitantes por município.

O Município em questão possuía 2.651 (dois mil, seiscentos e cinquenta e um) habitantes para 11 (onze) vereadores, quando em uma proporcionalidade aritmética devia ter apenas 9 (nove) vereadores. Por isso, entendeu o Ministro Relator, Maurício Corrêa, que o objeto sob controle era inconstitucional, ponderando contudo que,

**(...) a despeito de a legislatura a que se refere a decisão de primeiro grau - quadriênio 1993/97 - já ter se esgotado, o presente recurso não se acha prejudicado. Com efeito, a ação promovida pelo *Parquet* questionou a composição da Câmara Legislativa do Município por entendê-la contrária à Carta da República, em face do excesso de representantes. Tal situação persiste, porquanto os eleitores de Mira Estrela elegeram para o quadriênio 2001/2004 o mesmo quantitativo de 11 (onze) Vereadores. Remanesce, portanto, o interesse em reduzir esse número e a consequente declaração incidental de inconstitucionalidade da norma municipal.**

Por isso, além da declaração de inconstitucionalidade, na conclusão do voto foi determinado à Câmara Legislativa que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados.

A tese da inconstitucionalidade foi vencedora, pelo voto da maioria dos Ministros, mas os argumentos do Ministro Gilmar Mendes sobre a eficácia do julgamento são os que mais interessam à matéria em exame.

Em seu voto, referido Ministro assim se manifestou acerca da eficácia do julgamento: 1) em caso de alegada inconstitucionalidade de lei eleitoral, aconselha-se que o Tribunal não proclame tal *status* quando o reconhecimento da nulidade não for capaz de resolver o problema e em lugar da pronúncia seja capaz de encontrar uma norma apta a preencher eventual lacuna no ordenamento; 2) em outras palavras, exige-se a necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade, axioma que tem aplicação indistinta tanto ao controle concentrado quanto ao controle difuso, como mostra a experiência americana, na qual o controle é exclusivamente incidental e concreto, mas admite a restrição dos efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade desde o caso *Linkletter v. Walter* (1965)<sup>2</sup>, com base em critérios de política legislativa<sup>3</sup>; 3) já no modelo alemão, no qual o controle é concentrado, a restrição dos efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade é admitida desde o caso do regime de execução

2 Nesse caso foi negado ao impetrante de *habeas corpus* a mesma interpretação antes reconhecida no caso *Mapp v. Ohio* (1961), no sentido da inadmissão de provas obtidas por meio ilícito, porque, embora tivesse ocorrido o mesmo em seu caso concreto, a condenação ocorrera perante uma corte estadual e o trânsito em julgado antes da decisão da Suprema Corte.

3 Em específico, a justificativa foi o problema que tal extensão generalizada traria para a administração da justiça. O argumento usado para tanto foi retórico: \_ Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo. Existe porém outra hipótese em que a restrição de efeitos é recomendada: quando há mudança de jurisprudência, ocasião em que a nova decisão passa a valer pro futuro (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional.

penal (Strafgefängene), de 1972<sup>4</sup>, com base em critério estritamente constitucional; 4) no direito pátrio prevalece ainda o princípio da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional, mas ele deve ser excepcionado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica); 5) assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação; 6) no Brasil se deve supor que a pronúncia de inconstitucionalidade não afeta todos os atos singulares praticados com base na lei assim proclamada, precisamente em nome do princípio da segurança jurídica, cabendo aqui a distinção entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*); 7) a regra do art. 27 da Lei 9868/99, que confere ao STF discricionariedade na fixação dos limites temporais da pronúncia de inconstitucionalidade no controle concentrado e abstrato, permite que se pondere, com vista em razões de segurança jurídica, se a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação, de modo semelhante à decisão de apelo ao legislador do direito alemão<sup>5</sup>, devendo ser aplicada também ao controle difuso e concreto, com base no mesmo juízo de ponderação; 8) os modelos mais próximos do direito nacional são o português e o alemão, porque também aqui a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio; 9) no caso em comento, eventual decisão retroativa atingiria atos da Câmara Municipal praticados tanto antes (fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos e definição do quociente eleitoral) quanto depois do pleito (validade das deliberações da edilidade nos projetos e lei aprovados), de modo que um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda a preservação do modelo legal existente na atual legislatura, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade pro futuro).

No final dos debates, o Ministro Nelson Jobim advertiu que o entendimento vencedor devia ser submetido ao Tribunal Superior Eleitoral, comprometendo-se então o

4 Nesse caso, algumas restrições gerais relativas à execução da pena, antes consideradas constitucionais porque implícitas à condição dos condenados (como a interceptação de correspondência), foram reconhecidas como inconstitucionais, admitindo-se todavia a sua manutenção até que o legislador alterasse a lei. No entendimento da Corte Constitucional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição *ipso jure* da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas.

5 Em outras palavras, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Ministro Sepúlveda Pertence a fazê-lo, com o objetivo de dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o País, naquilo que o Ministro Gilmar Mendes chamou de efeito transcendente.

Como se observa, o STF não conferiu uma eficácia erga omnes autônoma à decisão no controle difuso, recomendando porém (i) a modulação de efeitos *pro futuro*, mediante ponderação entre a preservação da segurança jurídica dos atos praticados com base no dispositivo questionado em sua constitucionalidade e a sua retirada do ordenamento com base no princípio da nulidade, e (ii) a possível extensão do resultado a terceiros, com base em competência normativa alheia (no caso, o TSE).

E assim ocorreu: o Ministério Público Eleitoral apresentou Representação junto ao TSE, para que desse uniformidade à decisão acima relatada, e aquele Tribunal editou a Res. n. 21.702/2004, que foi objeto por sua vez das ADI's ns. 3345 e 3365 (esta última teve os autos apensados à primeira), julgadas improcedentes no pressuposto da constitucionalidade não apenas do poder normativo primário do TSE, como também pelo fato de apenas haver replicado a interpretação do STF, na qualidade de intérprete máximo da CF, dando concreção ao princípio da força normativa da constituição.

O Ministro Relator daquelas ADI's, Celso de Mello, chamou o efeito transcendente de efeito irradiante e atribuiu seu tratamento anterior ao julgamento da Reclamação n. 1987<sup>6</sup>, que tinha por objeto alegado descumprimento pelo TRT-10 do julgamento contido na ADI n. 1662, em cuja razão de decidir consta que o sequestro previsto no art. 100 da CF somente é admitido em caso de violação da ordem de pagamento (seja de créditos alimentares ou comuns), e não quando há falta de inclusão do débito no orçamento ou pagamento inidôneo (a menor ou fora do prazo). O ato normativo objeto daquela ADI era a IN n. 11/97 do TST, que após o deferimento de medida liminar foi substituída pelo Provimento n. 03/98, adequado aos termos daquela decisão interlocutória.

Sobreveio então a EMC n. 30, alterando o regime dos precatórios, e quando do julgamento definitivo da ADI o STF entendeu que as mudanças contidas naquela Emenda não alteravam a *ratio decidendi* contida na medida liminar. A polêmica, então, passou a ser o cabimento da Reclamação quando o seu objeto devia ser supostamente outro (um ato normativo do TST, e não uma decisão do TRT-10), razão pela qual o tema da eficácia transcendente foi suscitado. O efeito transcendente teria então conotação não apenas

6 No mesmo voto o Ministro Relator cita a medida liminar deferida pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes nos autos da Reclamação n. 2126, datada de 19.08.2002, na qual consta que a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros. Contudo, em 01.02.2008 o Reclamante pediu desistência e referido incidente não chegou a ser julgado no mérito, de modo que não pode servir de parâmetro para a uniformização da matéria junto ao STF, coisa que somente se alcançou na Reclamação n. 1987.

objetiva, focada na interpretação do dispositivo controlado, como também subjetiva, já que a decisão poderia alcançar entes diversos daquele que editou o ato sob controle, como bem lembrou o Ministro Sepúlveda Pertence ao criticar o exame dessa matéria em sede de Reclamação: “então, quando julgarmos da constitucionalidade ou não de uma lei estadual, os outros Estados que tenham leis similares virão aqui, não com uma ação direta, mas com uma reclamação”.

De fora parte a polêmica sobre o cabimento da Reclamação naquela hipótese, o tema da eficácia transcendente somente foi tratado em pormenor no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, assim resumido: 1) o efeito vinculante das ações de controle concentrado alcança não apenas a parte dispositiva do Acórdão, como também suas razões ou seus fundamentos determinantes, porque a sua concepção na PEC que resultou na EMC n. 3/93 está desde sempre vinculada ao modelo previsto no § 3º da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã; 2) no modelo alemão, oscilou-se entre o extremo que abrange inclusive os *obter dicta* e aquele que nega tal extensão para além da coisa julgada tradicional para por fim se aceitar orientações mediadoras, como a proposta por Klaus Vogel, para quem a coisa julgada alcança também a norma decisória concreta, correspondente à ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes; 3) o próprio STF já estaria a aplicar tal eficácia no controle difuso de leis municipais, ao estender a um RE as razões de decidir tomadas anteriormente em outro RE a propósito de outras leis municipais de conteúdo semelhante (RE’s ns. 228.844, 221.795, 364.160, 423.252, 345.048 e 384.521); 4) \_tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pela Corte Constitucional.

A Ementa do Acórdão de referida Reclamação incluiu a solução apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, mas algumas observações devem ser feitas a seu respeito: 1) entre os extremos teóricos acima citados, o conceito de norma decisória concreta parece parar nos limites da *ratio decidendi*, portanto sem incluir os *obter dicta*; 2) há um sério problema conceitual envolvido nas expressões efeito vinculante e efeito transcendente, porque elas não expressam a mesma coisa: efeito vinculante significa a vedação de decisões em sentido contrário, enquanto que efeito transcendente significa o transporte<sup>7</sup> das razões de decidir de uma decisão para outra ação, outro recurso ou outro ato normativo (como ocorreu com a Res. TSE n. 21.702/2004); 3) logo, quando se trata de sujeitar outros sujeitos passivos diversos daqueles que editaram o ato sob controle a uma determinada

7 Expressão tomada de empréstimo do transporte da coisa julgada coletiva *in utilibus* (e *secundum eventum litis*) prevista no § 3º do art. 103 do CDC, para os casos de condenação coletiva com posterior liquidação individual. No caso em exame, porém, o transporte não se faz do campo coletivo para o campo individual, mas de uma decisão para outra.

decisão, está-se falando em eficácia vinculante, e quando se trata de estender uma decisão a outro processo com pano de fundo semelhante, está-se falando em eficácia transcendente; 4) com isso, os exemplos do controle difuso de leis municipais se enquadra no segundo conceito, enquanto que a extensão subjetiva da ADI n. 1662 se insere no primeiro; 5) portanto, não é propriamente a natureza do controle que é determinante da distinção entre tais conceitos, e sim a sua ontologia.

O parêntese da Reclamação n. 1987-0 esclarece melhor agora o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos autos das ADI's ns. 3345 e 3365.

Depois de voltar aos exemplos de eficácia transcendente (que também chamou de vinculante) em sede de controle difuso de leis municipais, inclusive para dispensar a intervenção do Senado, pela via do art. 52, X, da CF<sup>8</sup>, referido Ministro citou ainda os seguintes fundamentos para seu entendimento: 1) tal eficácia teria como fundamento também o *caput* do art. 557 do CPC, já que as Turmas têm considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário; 2) no controle por via de ações coletivas (ação civil pública e mandado de segurança coletivo) a eficácia *erga omnes* da decisão que se acha nelas possibilitada também dispensa a intervenção do Senado e inclusive pode prejudicar ADI posterior (ADI n. 1919)<sup>9</sup>; 3) a parte final do parágrafo único do art. 481 do CPC dispensa os tribunais inferiores de submeter a questão constitucional ao pleno ou ao órgão especial (art. 97 da CF) quando a matéria já houver sido examinada pelo STF em sede de controle difuso; 4) os modelos de controle têm a mesma natureza, o que explica os efeitos gerais ou transcendentais também no controle difuso; 5) a modulação de efeitos do art. 27 da Lei n. 9868/99 é uma técnica de harmonização do modelo misto brasileiro, especialmente nos casos de mudança de jurisprudência.

Também aqui são necessárias algumas observações, a saber: 1) as hipóteses do parágrafo único do art. 481 e do *caput* do art. 557 do CPC são mesmo de eficácia transcendente, porque decisões anteriores do STF em sede de controle difuso podem ser transportadas para decisões de órgãos fracionários dos tribunais inferiores e para as turmas do próprio STF, respectivamente, sem a necessidade de decisão do órgão especial ou do pleno que as confirme, mas essa eficácia não é propriamente vinculante, já que a rigor o órgão especial ou o pleno pode examinar a matéria, seja para confirmar a decisão anterior, seja para excepcioná-la em caso de *distinguish*; 2) no caso das ações coletivas em que há controle de constitucionalidade incidental existem duas facetas: a) a dispensa de intervenção posterior do Senado (especificamente nas ações civis públicas contra leis e atos

8 Providência que havia sido considerada desnecessária nos debates finais do julgamento do RE n. 197.917-8 por motivos óbvios, já que a suspensão de lei municipal já teria sido superada pela invalidez declarada na própria decisão do STF.

9 A ADI em questão foi considerada prejudicada porque seu objeto (Res. n. 556/97, do Conselho Superior da Magistratura Paulista) já havia sido fulminado em sede de mandado de segurança coletiva pelo STJ.

normativos municipais) não implica em transporte das razões de decidir, precisamente porque a intervenção é considerada redundante, não havendo assim qualquer decisão posterior para a qual o resultado seja conduzido; b) a prejudicialidade potencial de futura ADI depende não apenas do *status* do órgão julgador na estrutura judiciária, como também do resultado da demanda, mas de alguma forma há também o transporte das razões de decidir sobre a decisão extintiva da ADI, já que se pode antever o seu resultado coincidente (no caso da ADI n. 1919 a extinção acabou por referendar a decisão do STJ) ou prejudicial (como ocorreu com a ADI n. 4071-5, adiante analisada); 3) novamente, a identidade ontológica entre os modelos de controle difuso e concentrado explica não apenas a distinção entre efeitos transcendentais e efeitos vinculantes, como também justifica a modulação de efeitos.

Na ordem cronológica (invertida acima com o exame das ADI's ns. 3345 e 3365 e da Reclamação n. 1987-0, em sequência do RE n. 197.917-8), o segundo paradigma foi o julgamento do HC n. 82.959-7 (publicado em 01.09.2006), que depois serviu de *leading case* para a Súmula Vinculante n. 26 (JEVEAUX, 2012), que tem a seguinte redação:

**Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2\_ da Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.**

O texto supra resume o resultado do julgamento, no qual a tese da inconstitucionalidade foi vencedora por maioria, tendo o Ministro Gilmar Mendes repetido a parte do voto do paradigma anterior acerca da modulação de efeitos no controle difuso e concluído que se devia conferir eficácia *ex nunc* à pronúncia de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8072/90, entendendo-se como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

No voto seguinte, da Ministra Ellen Gracie, seguiu-se uma crítica à modulação de efeitos, em especial acerca do caráter pro futuro (*pure prospectivity*), porque nessa hipótese a solução sequer seria aplicável ao paciente do *habeas corpus* em julgamento, além de ter utilidade apenas para o caso concreto. Tampouco seria hipótese de efeitos limitados ao paciente (*limited prospectivity*), por conta de um obstáculo lógico: se as sentenças já publicadas ficam resguardadas da nova interpretação, pelo bom motivo de que os juízes que as proferiram não poderiam prever que a jurisprudência assente da Casa - e tantos anos após a promulgação da nova Constituição - se fosse reverter dessa sorte, como excetuar dessa salvaguarda a sentença condenatória no caso presente? O juiz que prolatou, tanto quanto o TJSP, encontrava-se na mesma situação fática de insciência ou imprevisibilidade de todos os seus demais colegas.

Em resumo, a Corte estaria se avocando um arbítrio excessivo ao ‘selecionar’ quais réus serão beneficiados retroativamente por seu novo entendimento.

Essa última parte do voto provocou um interessante debate no qual o Ministro Gilmar Mendes revelou a preocupação que o levou a propor a eficácia retroativa para o caso concreto em julgamento e a eficácia prospectiva para os demais casos semelhantes. Em suas palavras, ao se reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei que era antes declarada constitucional, vamos ter de fazer uma série de perguntas, inclusive, em matéria penal, como por exemplo, a responsabilidade civil do Estado e tudo mais.

Trocando em miúdos, também no modelo brasileiro essa modulação de efeitos no controle difuso, em específico quanto à matéria penal, leva em conta razões de ordem política, e não estritamente de ordem constitucional. Afinal, como bem apontou o Ministro Sepúlveda Pertence, essa declaração, na verdade, equivale à introdução de uma lei penal mais benéfica e, esta, até por imperativo constitucional, teria de aplicar-se. A essa observação o Ministro Gilmar Mendes opôs o seguinte: “não posso supor que o Estado vá agora responder pela prisão, se se considera que era constitucional à época”, no que foi jocosamente retrucado pelo Ministro Sepúlveda pertence: “haveria, primeiro, ação regressiva contra o Brossard e o Rezek”.

Apesar desse elegante sarcasmo<sup>10</sup>, o que mais preocupa, em termos argumentativos, não é a justificativa da modulação de efeitos no controle concreto, que em tese é mesmo possível, na linha de exposição do Ministro Gilmar Mendes, mas sim a opção por um modelo supostamente imunizado de razões políticas de decidir, quando as razões estritamente constitucionais de decidir não são assim tão imunes a questões de política judiciária ou econômica.

O tema foi novamente tratado no voto do Ministro Nelson Jobim (Presidente), que assim se manifestou:

**(...) é certo que, historicamente, o Supremo Tribunal Federal já, diversas vezes, modulou, no controle difuso, à vista da circunstância ou do caso concreto ou da equação jurídica do caso concreto, os seus efeitos. Lembro a mais recente e expressiva delas: a do cancelamento da Súmula 394, quando se estabeleceu, por decisão unânime do**

10 Falando sério mais adiante, e ainda a propósito do mesmo assunto, registrou o Ministro Sepúlveda Pertence a seguinte advertência acerca da modulação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes para o caso em julgamento e especialmente para os demais semelhantes: “\_não se está impondo ao juízo das execuções que abra as portas indistintamente: há de examinar caso a caso a ocorrência dos pressupostos da progressão, abstraída apenas a vedação legal que se declara inconstitucional. Depois, em seu voto, renovou a advertência: isso não impedirá que o condenado, que esteja, ainda, a cumprir a sua pena, postule a progressão de regime. Vale lembrar que no debate acima relatado a eficácia prospectiva para os demais casos semelhantes se aplicaria pelo restante da pena a cumprir. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, \_se houver ainda um dia de pena, teremos a progressão.

**Plenário, que a nova orientação seria inaplicável aos processos findos. E, também, o caso dos vereadores no qual, em nome da segurança das regras do jogo eleitoral, não se quis cortar, além da metade, o mandato que fora disputado para número de vagas que o Tribunal depois entendeu exagerado.**

No fim do julgamento a matéria voltou à tona, com o Ministro Gilmar Mendes renovando sua preocupação com a real causa da modulação dos efeitos, ou seja, a potencial responsabilidade civil do Estado por erro judicial ou prisão excessiva, fazendo então o Ministro Sepúlveda Pertence duas propostas: 1) deixar claro que a decisão não se aplica a eventuais consequências jurídicas às penas extintas; 2) que a decisão fosse comunicada ao Senado, decerto para os fins do art. 52, X, da CF. Essa última proposta daria à decisão um caráter *erga omnes e pro futuro*, mas essa já era a proposta do Ministro Gilmar Mendes, e que acabou depois generalizada no julgamento da Reclamação n. 4335-5, na qual o STF passou a atribuir ao Senado uma função meramente formal de publicação da decisão do tribunal acerca da inconstitucionalidade, reservando à própria decisão o efeito *erga omnes*.

Em resumo, no voto do Ministro Gilmar Mendes a decisão em si mesma teria eficácia *erga omnes* para as condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão, mas para o Ministro Sepúlveda Pertence tal generalização dependia da suspensão do dispositivo inconstitucional pelo Senado. Seja como for, a edição de Súmula Vinculante acabou por dar eficácia *erga omnes* e vinculante à matéria, já que nenhum juízo criminal pode decidir em sentido contrário após a sua publicação. Na realidade, para Pertence, a adoção da Súmula Vinculante seria a melhor forma de apaziguar o rigor do entendimento do ministro Gilmar Mendes, para quem o art. 52, X já não teria lugar na atual Constituição. É que, segundo Pertence,

**(...) A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3º que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até ai seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da arguição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá**

**-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.**

Como se percebe, no primeiro (RE n. 197.917-8) e no segundo (HC n. 82.959-7) paradigmas as decisões reclamaram um complemento decisório para se generalizar, o que permite concluir que a eficácia transcendente acabou se reduzindo à eficácia *erga omnes*, ou ainda, que a primeira não possui autonomia para produzir simultaneamente a segunda.

O último paradigma é o julgamento do Agravo Regimental de decisão terminativa do Ministro Relator Menezes Direito tomada na ADI n. 4071-5, na qual o processo foi extinto sumariamente sem a resolução do mérito, com base no art. 4<sup>o</sup> da Lei n. 9868/99, no pressuposto de que o objeto impugnado (art. 56 da Lei n. 9430/96) já havia sido proclamado constitucional em sede de dois recursos extraordinários (RE's 377.457 e 381.964) e de que não se apresentavam novos argumentos relevantes ou mudança de ordem jurídica, social ou econômica suficientes para justificar a mudança de entendimento anterior, anteveendo-se com isso a manifesta improcedência do pedido.

Com efeito, dispõe o art. 4<sup>o</sup> da Lei n. 9868/99 que a petição inicial de ADI pode ser indeferida quando manifestamente improcedente, de modo que a questão que devia ter sido resolvida era a da possibilidade de dois julgamentos anteriores tomados em sede de controle difuso, em sentido contrário à tese contida na ADI, serem capazes de indicar a sua manifesta improcedência. Contudo, o STF não se ocupou dessa matéria e gastou todo o julgamento decidindo em questão de ordem sobre o limite temporal de ingresso de *amicus curiae* em sede de ADI, fixando finalmente o entendimento de que ele coincide com a data imediatamente anterior à da liberação do processo para a pauta pelo Relator. Com isso, somente se pode deduzir que a maioria seguiu a mesma interpretação do Relator, ao indeferir a petição inicial da ADI, inclusive quanto a sua ressalva.

Para o que interessa ao tema em estudo, o caso foi de atribuição de eficácia também transcendente aos julgados dos RE's, não porém sobre relações jurídicas materiais idênticas àquelas da *ratio decidendi*, mas sobre ADI's e ADC's futuras, numa espécie de simbiose entre os modelos difuso e concentrado.

#### 4. Conclusões

De tudo isso é possível concluir que:

- 1) a eficácia vinculante significa a proibição de decisões em sentido contrário àquele da *ratio decidendi* estabelecida em sede de controle concentrado, fenômeno que não se verifica em nenhuma decisão tomada em sede de controle difuso;
- 2) tanto assim que nos dois primeiros paradigmas acerca da matéria examinada houve a necessidade de um ou mais complementos decisórios capazes de gerar efeitos vinculantes, a saber: a) no RE 197.917-8, o julgamento das ADI's ns. 3345 e 3365 no sentido da constitucionalidade da Res. TSE n. 21.702/2004, que produziu o resultado de uma ADC procedente (efeito dúplice), proibitivo de decisões em sentido contrário; b) no HC n. 82.959-7, a Súmula Vinculante n. 26;
- 3) a eficácia transcendente ou irradiante expressa o transporte das razões de decidir de uma decisão para outra ação, outro recurso ou outro ato normativo (como ocorreu com a Res. TSE n. 21.702/2004), ou seja, trata-se de estender uma decisão a outro processo com pano de fundo semelhante, e não de sujeitar outros sujeitos passivos diversos daqueles que editaram o ato sob controle a uma determinada decisão (eficácia vinculante);
- 4) com isso, a eficácia transcendente se reduz à eficácia *erga omnes*, ou ainda, a primeira não possui autonomia para produzir simultaneamente a segunda;
- 5) são exemplos então de eficácia transcendente: a) as decisões tomadas pelo STF em sede de controle difuso de leis municipais, ao estender a um RE as razões de decidir tomadas anteriormente em outro RE a propósito de outras leis municipais de conteúdo semelhante (RE's ns. 228.844, 221.795, 364.160, 423.252, 345.048 e 384.521); b) as hipóteses do parágrafo único do art. 481 e do caput do art. 557 do CPC, porque decisões anteriores do STF em sede de controle difuso podem ser transportadas para decisões de órgãos fracionários dos tribunais inferiores e para as turmas do próprio STF, respectivamente, sem a necessidade de decisão do órgão especial ou do pleno que as confirme; c) as decisões em sede de controle difuso capazes de prejudicar o julgamento de ADI's por se antever o resultado coincidente (no caso da ADI n. 1919 a extinção acabou por referendar a decisão do STJ) ou prejudicial (como ocorreu com a ADI n. 4071-5, ao se referendar decisões anteriores em dois RE's);
- 6) não ocorre porém eficácia transcendente nas ações civis públicas contra leis e atos normativos municipais, porque a dispensa de intervenção posterior do Senado não implica em transporte das razões de decidir, precisamente porque a intervenção é considerada redundante, não havendo assim qualquer decisão posterior para a qual o resultado seja conduzido;

- 7) já a modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei n. 9868/99 para o controle concentrado tem perfeito cabimento no controle difuso, tanto pela identidade ontológica entre tais modelos, como também porque em vários casos concretos se exige um cálculo de proporcionalidade entre a preservação da segurança jurídica dos atos praticados com base no dispositivo questionado em sua constitucionalidade e a sua retirada do ordenamento com base no princípio da nulidade.

## 5. Referências

- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.
- BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. **The Yale Law Journal**, Vol. 116, No. 3 (Dec., 2006), pp. 502-566.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente processual: Questão incidental: Procedimento incidental**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários a constituição de 1946**. Rio de Janeiro: H. Cahen, 1947.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte Monnerat. **Efeitos Objetivos do Julgamento do Recurso Extraordinário**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. n. 1, primeiro semestre de 2014.
- PRAKASH, Saikrishna B.; Yoo; John C. The origins of judicial review. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, No. 3 (Summer, 2003), pp. 887-982.
- PEGORARO, Lucio. A Circulação, a Recepção e a Hibridação dos Modelos de Justiça Constitucional. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 6, jul/dez 2005, pp. 235-261.
- SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional Ante el Siglo XXI**: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-kelseniano. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011.
- TREANOR, William Michael. Judicial Review before “Marbury”. **Stanford Law Review**, Vol. 58, No. 2 (Nov., 2005), pp. 455-562.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente Judicial Como Fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

YAZBEK, Otávio. **Considerações Sobre a Circulação e Transferência dos Modelos Jurídicos**. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 540-557.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: RT, 2001.

# O CONTROLE SOCIAL DOS GASTOS PÚBLICOS NO BRASIL: EFETIVIDADE OU MERA RETÓRICA?

---

ANA PAULA PARRA LEITE

Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo -USP (2013), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP (2004), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (1995). Professora Adjunta no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG e da Escola da Magistratura do Paraná. Advogada.

ZILDA MARA CONSALTER

Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina -UEL (2004), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-UEM (1995). Professora Assistente no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG e nas Especializações em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Material e Processual do Trabalho da mesma Universidade. Advogada.

## Resumo

O moderno sistema de controle e fiscalização dos gastos públicos compreende, também, o controle social. Assim sendo, esse estudo versa sobre o controle social brasileiro, visando compreender se este ainda se trata de um mero programa de ação ou se já se mostra como importante ferramenta de eficiência, moralização e coerência na aplicação do dinheiro público. Para tanto, utilizou-se como marco teórico a Teoria dos “Custos dos Direitos” e na abordagem, adotou-se como método o dedutivo, buscando, mediante pesquisa de cunho eminentemente teórico, identificar o aparato jurídico nacional sobre o tema (legislação e doutrina, preponderantemente) e diferenciar as três espécies de controle estatal, quais sejam, o controle interno, o controle externo e o controle social. Ao final, aponta quais as principais conclusões quanto ao atual estado da arte desta última modalidade no Brasil e se já apresenta algum resultado que implique mudanças positivas no comportamento do administrador nacional, rumo à tão esperada eficiência.

## Palavras-chave

Teoria dos “Custos dos Direitos”; Gastos Públicos; Controle Social.

## Resumen

El sistema de control del gasto público y la vigilancia moderna también comprende el control social. Por lo tanto, este estudio versa sobre el control social de Brasil, para entender si es un simple programa de acción o ya se muestra como una herramienta importante de eficiencia, moralidad y coherencia en la aplicación de los fondos públicos. Por lo tanto, se utilizó como marco teórico la Teoría de “Los Costes de los Derechos” y el enfoque fue adoptado el método deductivo, buscando a través de la investigación (teórica), identificar el aparato legal nacional sobre el tema (la ley y la doctrina, principalmente) y diferenciar los tres tipos de control del Estado, a saber, el control interno, control externo y el control social. Al final, señala las principales conclusiones sobre el estado actual de la técnica de esta última modalidad en Brasil y si ya tiene algún resultado que implica cambios positivos en el comportamiento administrador nacional hacia la eficiencia esperada.

## Palabras clave

Teoría de “Los Costes de los Derechos”; El Gasto Público; El Control Social.

## 1. Introdução

Atualmente, a tradicional concepção de controle dos gastos públicos acha-se bastante abalada, vez que tem se mostrado, de modo específico no Brasil, bastante ineficaz e discutível, sob os mais variados aspectos.

O controle efetuado pela própria Administração (interno) não traz segurança ao contribuinte nem goza de credibilidade, eis que efetuado, muitas vezes, por quem não possui condições técnicas ou pessoais para tanto. O controle dos Tribunais de Contas (externo), por exemplo, cuja ideia é excelente, mas por se tratar de órgão composto politicamente – e por aqueles a quem deve fiscalizar – gera muita desconfiança por parte de todos.

Resta, assim, o controle social do dinheiro, das contas, enfim, dos gastos públicos. E esse é exercido por quem não tem conexões diretas com o Poder Público, mas é o principal interessado na boa gestão e uso dos valores recolhidos pela Administração, especialmente aquelas somas provenientes dos tributos.

É certo que este controle é resultante de maturidade política e do exercício da cidadania, não podendo ser tarefa imposta e nem que contenha outros interesses que não o bem social. Então, o problema enfrentado reside numa questão muito simples: no Brasil, o controle social é dotado de efetividade ou ainda é mero discurso retórico, com pouca (ou nenhuma) aplicação ou resultado prático?

Nesse viés que se desenvolveu o estudo, cujo objetivo principal se direciona a bem entender como funciona a atuação administrativa pertinente aos gastos e a sua gestão, bem como se são os mesmos fiscalizados efetivamente pelos cidadãos.

Assim, e obedecendo ao método científico dedutivo de abordagem, far-se-á uma análise da dinâmica dos gastos públicos para, na sequência, delinear-se os principais contornos das três formas de controle destes para, ao final, esmiuçar o controle social como forma de fiscalização da boa aplicação do erário público e se, de fato, esse vem sendo efetivo no Brasil.

Para a execução da metodologia indicada, a técnica de pesquisa utilizada será a documental indireta, com preponderância da fonte doutrinária, mas sem prejuízo da menção das fontes normativa (constitucional, ordinária e especial) e jurisprudencial, quando necessário. No que tange à fonte doutrinária, o marco teórico textual adotado é a Teoria dos Custos dos Direitos, defendida por Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein que, embora de raízes estadunidenses, conta com diversos seguidores no Brasil, podendo-se citar Flávio Galdino e Sérgio Assoni Filho. Destaque-se, ainda, que para o desenvolvimento da teoria de base do pensamento esposado, contou-se com autores clássicos e contemporâneos sobre os pilares do estudo, dando-se ênfase às teses defendidas quanto aos temas, por Francisco Eduardo Carrilho Chaves, Antonio Roque Citadini, José Maurício Conti, Juarez de Freitas, dentre outros.

Assim, se há a indiscutível importância da fiscalização e do controle dos atos do administrador quanto aos gastos que despense, importa, também, que sejam traçadas algumas linhas sobre esse sistema, com o *plus* de se avaliar qual o atual *status* do controle social, que deve ser, a par do controle externo e interno, uma importante ferramenta na construção de um país mais coerente e eficiente quando se trata de investimento de valores a salvaguardar os direitos de todas das pessoas.

## 2. Um Pouco sobre a Teoria dos Custos dos Direitos e a Necessidade de Fiscalização e Controle dos Gastos Públicos

Embora ainda pareça mais pertinente pensar que os direitos são contraprestação do Estado à contribuição do cidadão, vários posicionamentos divergem deste senso, rumando para outras searas e se postando de modo diverso. Esse é o caso da Teoria dos Custos dos Direitos, que tem como precursores os autores estadunidenses Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein, contando com diversos seguidores no Brasil, tais como Flávio Galdino e outros.

Para sintetizar, o argumento central da ideia é o de que os direitos têm custos em dinheiro e “não podem ser protegidos sem apoio e fundos públicos”:

Direitos, têm dentes, isto é, não são inofensivos ou inocentes. Por isso, na medida em que não garantidos por arranjos institucionais, jurídicos e políticos - inclusive pela força - os direitos morais seriam, por definição, desprovidos de qualquer validade fática: isto é, não tem dentes [são

desprovidos de sanção ou de remédio que os garantam]. Pode-se motejar que direitos desprovidos de eficácia ensejariam mero banguelismo jurídico [...].”<sup>1</sup>

Isso significa que os custos destes arranjos devem ser suportados publicamente, sendo indispensáveis para a proteção dos direitos, tendo importância tanto teórica quanto financeira. No entanto, tal ideia põe em relevo a essencial dependência entre a ação estatal e a cooperação social.<sup>2</sup>

Outro ponto da teoria que merece destaque é o correspondente ao suporte desses custos. É claro que ele vem da aplicação dos tributos pagos pelo contribuinte, mas a escolha do que fazer com o dinheiro é, em regra<sup>34</sup>, do administrador. Os motivos para a decisão/escolha deste são de natureza vária, podendo ser pela conveniência, pela contingência, mas será sempre resultante do poder discricionário do administrador, esperando-se que ele haja de modo responsável e coerente: “A tarefa não é nem fácil e nem barata [...], governos precisam primeiro obter dinheiro vindo da taxaço e então canalizá-lo inteligente e responsabilmente”.<sup>5</sup>

Ocorre que os custos dos direitos não exigem um debruçar apenas sobre a atuação estatal, na tarefa de escolher onde investir o valor auferido com os tributos, de bem gerir os recursos e de empregá-los adequadamente. Implica em meditar sobre como tudo isso é procedido e qual o papel de cada um nesse processo.

E o Estado falha primorosamente neste mister: o administrador pode mostrar-se incoerente, despreparado, incompetente, desidioso, corrupto...; o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também mostram deficiências ao fiscalizar a atuação do Poder Executivo, e o País não alcança um patamar desejável de boa gestão dos recursos públicos e da efetivação de direitos da população.

O que dizer, então, do papel do cidadão neste contexto?

1 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes? Nova York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 17.

2 *Ibidem*. p. 83.

3 Utilizou-se a expressão “em regra”, pois atualmente muito se tem discutido acerca do chamado ativismo judicial, que tem deslocado o eixo decisório quanto à aplicação do dinheiro público do administrador para o Poder Judiciário (N. das A.).

4 Sobre o ativismo judicial: “A judicialização de boa parte das discussões públicas faz com juízes decidam exatamente onde alocar o dinheiro dos contribuintes. Por isso, quando magistrados insistem numa conciliação, reconhecem que buscam economizar para o Estado” (p. 26). [...] “Por outro lado, se não há conciliação, surge, muitas vezes, o ativismo judiciário, eis que, com poucas informações (porque informações também têm custos) magistrados decidem sobre alocação de recursos, com o pálio da imunidade eleitoral (não são eleitos), num contexto da mais absoluta responsabilidade no que se refere à alocação ótima de escassos recursos públicos” (p. 39). (HOLMES; SUNSTEIN. *Op. cit. passim*).

5 *Ibidem*. p. 75.

Parece que ainda há muita deficiência neste aspecto, uma vez que parcela pouco representativa da população tem preocupações reais e efetivas quanto à atividade estatal, especialmente quanto aos gastos públicos voltados aos direitos.

Neste cenário, montado em um país de território extenso e com arraigadas e perniciosas práticas administrativas que desrespeitam a legislação, ganha indiscutível relevo a necessidade de controle e fiscalização da arrecadação e da despesa pública, isso, tanto pelos próprios agentes estatais, quanto por parte da própria sociedade.

Que o controle seja algo indispensável a garantir o mínimo de atuação do administrador mostra-se inquestionável; tanto que desde há muito permanece no ideário dos povos esta preocupação, estando ela sempre presente na evolução da humanidade<sup>6</sup>:

[...] o Estado sempre se preocupou em manter um controle sobre as rendas públicas, tendo em conta a sua correta aplicação por parte dos encarregados pelo seu gerenciamento e guarda, uma vez que os dinheiros públicos nunca foram imunes à má versação de seus administradores. Evidentemente que esse controle era efetuado por meios adequados às necessidades, organização e cultura de cada povo.<sup>7</sup>

Essa preocupação se justifica porque o exercício do poder-dever do administrador, em boa parte das vezes, não se encontra balizado, de fato, na consecução do atendimento das necessidades públicas e também porque não são poucas as circunstâncias em que os agentes públicos cometem abusos ou se desviam da conduta deles esperada.<sup>8</sup>

O que se deve discutir é até que ponto se encontra eficiência no controle estatal: quando ele é desempenhado pelo próprio Estado, seja interna ou externamente. Esclareça-se: mesmo pelo sistema externo, ainda assim, na maioria das vezes, surge a figura sombria do Estado, como adiante se verá. É “o poder limitando o poder”, como afirmou Montesquieu<sup>9</sup>, e isso, ao que parece, não vem funcionando a contento.

Assim considerada, a necessidade de controle e fiscalização se dá por diversas razões, notadamente de cunho político, jurídico, financeiro e gerencial:

Sob o aspecto **político**, deve haver a fiscalização e o controle por parte e entre os Poderes, pois estes não podem abusar, extrapolar, omitir-se ou desrespeitar a autonomia de outro Poder na execução de seus deveres, sob pena de agredir o Princípio da Separação

6 Boa descrição da evolução histórica do controle dos gastos públicos pode ser encontrada nas páginas 213 a 217 da obra de Hélio Saul Mileski, adiante referenciada. (N. da A.)

7 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 213.

8 ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 103.

9 SECONDAT, Charles de. Barão de Montesquieu. **O espírito das leis**. Livro XI, cap. VI. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987. p. 136.

de Poderes ou, numa concepção menos tradicional, o Princípio da Divisão de Tarefas Estatais (as atividades entre distintos órgãos autônomos).<sup>10</sup>

Do ponto de vista **jurídico**, o controle das finanças decorre não somente do molde ultrapassado que se calcava na primazia da legislação, mas de um sistema que destaca, de modo precípuo, o direito fundamental à boa administração pública como valor constante no cume do sistema. Referido direito fundamental compreende um seara bastante complexa de deveres e compromissos por parte do administrador, todos bem delimitados na Carta dos Direitos Fundamentais de Nice.<sup>11</sup> É certo que estes princípios albergam todo o feixe de outros direitos e de leis dele decorrentes, bem como aquelas normas que, mesmo sub-repticiamente, a eles digam respeito.

Quanto ao prisma das **finanças**, importante o controle e a fiscalização a fim de “prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”<sup>12</sup>, além de evitar desperdícios, dilapidação do patrimônio público, bem como para garantir um mínimo de qualidade, eficiência e racionalidade dos gastos públicos.<sup>13</sup>

No que pertine à atividade de **gestão**, implica “[...] procurar evitar erros e distorções na ação estatal, buscando indicar procedimentos de reorientação para as falhas detectadas ou agindo na responsabilização dos agentes causadores dessas impropriedades legais que ocasionam prejuízos à coletividade”.<sup>14</sup> E “constitui-se poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu”.<sup>15-16</sup>

10 Sobre esse aspecto, vide: MORAES, Alexandre. **Direitos humanos e fundamentais**: teoria geral. Comentários aos artigos. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 64-68.

11 “[...] inspiração no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice e, sobretudo, à luz de nossa Constituição como o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. (FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 9).

12 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 142.

13 Nessa linha, vide: CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Direito Público**, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto-Alegre-Brasília: Síntese-IDP, p. 202.

14 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 170.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 488.

16 “[...] justamente para coibir os vícios de motivação, em especial quanto ao objeto e aos objetivos dos atos administrativos, bem como para filtrar as escolhas contaminadas por ‘irracionalidades sistemáticas’, é que se impõe uma vigorosa reconfiguração dos controles (interno, externo, jurisdicional e social), adotando a ‘interpretação da norma administrativista da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige’”. (FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos**. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 32).

Assim, vistos apenas os principais delineamentos da Teoria dos Custos dos Direitos, impende passar, então, à avaliação do controle dos gastos públicos no Brasil, bem como questões pertinentes à sua efetividade e a legitimidade para fazê-lo.

### 3. Controle, Fiscalização: Conceitos a se Explorar e a se Exercer<sup>17</sup>

Dando especial destaque à necessidade de fiscalização e controle do ente estatal, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) entende a expressão “controle” como sendo “[...] o conjunto dos mecanismos que permitem normalmente assegurar a eficácia e a eficiência das atividades, a fiabilidade das informações produzidas e o respeito às leis e aos regulamentos aplicáveis. [...]”<sup>18</sup>, conferindo mais importância ao mérito, à efetividade e à legalidade dos atos de administração do que à sua forma.

Diante do conceito acima transcrito, impende considerar que ele engloba os meios que se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, e que quando sua conduta contrasta com esse dever (ao qual se adiciona o dever de boa administração - portanto, o controle se dirige ao mérito dos atos administrativos também), ele fica sob a vigilância dos sistemas de controle. Somado a isto, não se pode desconsiderar o aspecto de correção e eficiência do administrador.<sup>19</sup>

17 Imperioso considerar que duas são as expressões que podem se confundir nesta seara: controle e fiscalização. “[...] a atribuição principal do sistema de controle é a fiscalização quanto ao cumprimento das normas da lei complementar, especialmente no que se refere ao atingimento das metas fixadas na lei de diretrizes orçamentárias; aos limites e condições para a realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar; às medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite; às providências tomadas para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites; à destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as da Lei complementar no. 101/2000; e ao cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver; com os Tribunais de Contas devendo proceder alerta aos Poderes ou órgãos referidos no artigo 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal quando contratarem a ocorrência de situação que exceda aos limites legais determinados, bem como de fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária, pode-se dizer que esta forma de regulamentar a ação fiscalizadora caracteriza o controle como de acompanhamento”. (MILESKI. *Op. cit.* pp. 141-2).

18 OCDE. *La modernization du secteur public: modernizer la responsabilité et le controle*. L’Observateur: Synthèses OCDE, p. 2, jui. 2005 *apud* CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Direito Público**, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto-Alegre-Brasília: Síntese-IDP, p. 203.

19 Há alguns marcos históricos no controle do gasto público, dignos de serem lembrados: na Inglaterra - tradição do *Comptroller and auditor general*; na França - a Revolução francesa, ápice do constitucionalismo e do Estado de Direito; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. (CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Direito Público**, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto-Alegre-Brasília: Síntese-IDP, pp. 201-220). No Brasil, é interessante notar que os contabilistas registram as primeiras tentativas de organização do orçamento e da contabilidade com a vinda de D. João

Assim sendo, o controle moderno envolve a questão de avaliação dos aspectos formais, mas também - e principalmente - da eficiência dos atos administrativos: atinge o atendimento ao princípio da legalidade e também o da supremacia do interesse público. E, mesmo nos países latinos, como o Brasil, a verificação dos atos tem evoluído para um controle com base na prevenção, orientação e correção<sup>20,21</sup>, mostrando-se como importante característica dos Estados de Direito. Somado a estes, há que se destacar que as metas governamentais são, ainda, um dos principais alvos do controle.<sup>22</sup>

Uma das funções do controle dos gastos públicos está o dever de fiscalizar, avaliar, detectar erros e falhas, responsabilizar a Administração, seja nas fases prévias aos gastos, seja quando eles já estão sendo efetuados, em fase de execução. Daí pode-se afirmar que o controle e a fiscalização devam ocorrer ininterruptamente, do início ao final da ação administrativa. O controlador jamais poderá substituir a Administração, pena de prática de abuso de poder.

Quanto ao objeto do controle e da fiscalização, ambos atingem a atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração, sendo que, segundo o artigo 70, CF, estendem-se, também, à “aferição de subvenções e renúncia das receitas”<sup>23</sup> o controle prévio e parlamentar de sua concessão.

VI à Colônia. Posteriormente, em 1908, foi criado o Erário Régio e Conselho da Fazenda. *A posteriori*, a Lei nº 4.320/1964, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Todavia, a ideia de controle efetivo na administração Pública só ganhou *status* constitucional em 1969, com a introdução do sistema de controle interno no art. 16 na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Da década 1970 em diante, o controle deveria comprovar a legalidade dos atos e avaliar os resultados no que toca à eficiência e eficácia administrativa, tendo ganhado maior ênfase com a Constituição de 1988, nos artigos 31, 70 a 75. Após 2000, maior relevo tem disso dado ao chamado controle social. (LIMA, Flávia Danielle Santiago. O controle das finanças públicas: sentido, conteúdo e alcance do art. 70 da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/337>>. Acesso em: 20 fev. 2015).

20 CONTI; CARVALHO. *Op. cit.* p. 203.

21 A Constituição prevê a fiscalização da execução orçamentária nos artigos 70 a 75, em que há uma ampliação dessa função estatal, obedecendo ao princípio maior de Direito Público – o da legalidade – que afirma que toda a Administração deve se subordinar à lei, uma das conquistas da luta secular pelo controle efetivo da atividade estatal. Também se prende ao princípio do dever de boa administração, expresso no princípio da economicidade (art. 70). (LIMA. *Op. cit.*)

22 “[...] a fixação de metas é uma exigência elementar de qualquer processo administrativo. E o controle do atingimento de metas vem a ser um corolário natural de sua própria fixação”. (BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 135).

23 Subvenções: são transferências de receita para cobrir despesas de órgãos públicos e privados (art. 12, §3º, da Lei nº 4.320/1964). Renúncia de receitas: compreendem isenções, créditos fiscais, reduções de impostos, que também visem a um incremento da atividade econômica, dentro da moderna concepção de ingerência do Estado no mercado, utilizando-se do orçamento como mecanismo controlador. (art. 14 da LC 101/2000-LRF).

Por fim, cabe considerar a existência de várias classificações de controle<sup>24</sup> (que levam diferentes aspectos em consideração) e que, para este estudo, atendeu-se ao critério do sistema, dividindo-se em controle em interno e externo (este último abrangendo, também, o controle social). Todas as espécies serão, adiante, analisadas.

### 3.1. Controle Interno

O controle interno é efetuado na própria esfera da Administração Pública e é necessário para avaliar, medir e controlar as suas atividades, prestando assessoria quanto aos seus próprios atos. É o chamado autocontrole da Administração Pública e vai ao encontro das modernas técnicas de boa governança corporativa aplicáveis à Administração Pública e trata de “avaliar o funcionamento dos sistemas de controles internos das organizações e se os regulamentos, instruções e políticas estão sendo observados, de modo a auxiliar essas organizações a alcançarem suas missões institucionais”.<sup>25</sup>

Quanto à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, o controle interno é mais específico, pois se direciona aos “atos de gerência dos bens e valores públicos, buscando uma atuação administrativa mais eficiente e com regularidade legal”.<sup>26</sup> Em obra sobre o controle da gestão estatal, Hélio Saul Mileski apresenta completo conceito desse sistema, que é merecedor de transcrição:

[...] Controle Interno é aquele efetuado pelos órgãos administrativos, no âmbito da própria administração, sob o comando de um órgão central e,

- 24 José Afonso da Silva, por exemplo, divide-o assim: a) Quanto à forma: a.1) segundo a natureza das pessoas controladas – controle sobre os administrados e sobre os funcionários da contabilidade; a.2) segundo a natureza dos fatos controlados – controle contábil, controle financeiro, controle operacional e controle patrimonial; a.3) segundo o momento do seu exercício – controle *a priori*, concomitante e *a posteriori*; a.4) segundo a natureza dos organismos controladores – controle administrativo, jurisdicional e político. b) quanto aos tipos: b.1) controle de legalidade dos atos; b.2) controle de legitimidade; b.3) controle de economicidade; b.4) controle de fidelidade funcional; b.5) controle de resultados, de cumprimento de programa de trabalho e de metas. c) quanto ao sistema: c.1) controle interno c.2) controle externo. (AFONSO DA SILVA, José. **Direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2013). Por seu turno, Alexandre de Moraes prefere se debruçar pelo controle entre poderes: controle do Legislativo em relação ao Executivo; controle do Legislativo em relação ao Judiciário; controle do Executivo em relação ao Legislativo; controle do Judiciário em relação ao Executivo, com inúmeros exemplos práticos de todas as espécies. (MORAES, Alexandre. **Direitos humanos e fundamentais: teoria geral. Comentários aos artigos. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 64-68).
- 25 CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Direito Público**, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto-Alegre-Brasília: Síntese-IDP, p. 207-208.
- 26 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 188.

por isso, organizado de forma sistêmica, no sentido de atual de maneira integrada em todos os Poderes do Estado, buscando comprovar a legalidade dos atos praticados pelos administradores e avaliar os resultados da ação governamental, verificando seu grau de eficiência e eficácia, com prestação do devido apoio ao controle externo no exercício das suas atividades constitucionais.<sup>27</sup>

Por seu turno, a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) estabelece qual a sua finalidade, sendo exprimida como “[...] um processo integrado efetuado pela direção e corpo de funcionários e é estruturado para enfrentar os riscos e fornecer razoável segurança na consecução da missão da entidade”.<sup>28</sup>

Trata-se de um processo dinâmico e integrado que se aperfeiçoa continuamente às mudanças e contingências da administração. É feito em cada setor da administração, em cada um dos Poderes (i. é, mantido, de forma integrada, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – cada Poder possui o seu, mas agem e prestam auxílio entre eles)<sup>29</sup>, devendo obedecer a todos os critérios expostos supra, como decorrência da própria autonomia administrativa e financeira garantida pelo artigo 99, CF. Nesse caso, deve ser chamado simplesmente de controle, pois se “exercido por órgão especializado, porém, pertencente ao mesmo âmbito de poder no qual a Administração está inserida, chama-se Controle Interno”.<sup>30</sup>

Assim sendo, a característica que deve ser salientada é que o controle interno seja descentralizado, com um órgão permanente e independência funcional. Esse sistema tem a importante e relevante função de apoio ao chefe do Poder, assessorando-o na fiscalização, controle e orientação dos órgãos que o integram, compondo uma teia que abrange o controle interno da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não sendo descentralizado, o controle interno é primário, exercido por órgãos que se situam dentro da própria administração, dentro da estrutura hierárquica e organizacional, que contém funções administrativas e normativas que permitem a fixação de padrões, requisitos e uniformidade de atuação.<sup>31</sup> Ele poderá ser percebido pelos atos desempenhados no exercício da função hierarquicamente superior (chefias, direções, supervisões, dentre

27 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 190.

28 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). **Diretrizes para as normas de controle interno do setor público**. Trad. Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007. p. 19.

29 CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niteroi-RJ: Impetus, 2007. p. 43.

30 *Ibidem*. p. 9.

31 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Consulta no. 640.465 (dados e informações disponíveis em [http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa\\_processo.asp](http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp). Acesso em: 10 mar. 2015).

outras) e ainda mediante órgãos específicos para tal, como as corregedorias e controladorias.<sup>32</sup>

De natureza administrativa<sup>33</sup>, o controle interno é exercido sobre funcionários encarregados de executar os programas orçamentários e da aplicação de dinheiro público, por seus superiores hierárquicos: Ministros, diretores, chefes etc, dentro das estruturas administrativas de qualquer dos Poderes, e não só do Poder Executivo.<sup>34</sup>

Além das finalidades/funções dispostas no artigo 74, CF<sup>35</sup>, pode-se afirmar que, resumidamente, o controle interno visa a constatar a eficiência, efetividade, eficácia, legalidade e legitimidade das atividades administrativas e financeiras exercidas pela gestão estatal, acompanhando as políticas traçadas pelo administrador, e dando suporte a ajustes, correções e melhoramentos que mirem atingir as metas impostas, bem como a oferecer informações palpáveis e seguras para a tomada de decisões.

Assim, também são abarcadas pelo controle interno a prevenção e a orientação, pois é instrumento para a otimização na atuação governamental de gestão de recursos públicos.

32 Todavia, é importante destacar que o “[...] Decreto nº 4.304, de 2002, incluiu a Controladoria-Geral da União – CGU como órgão máximo de orientação normativa e supervisão técnica do Sistema de Controle Interno Federal. A ela compete desenvolver funções de controle interno, correição, ouvidoria, além das ações voltadas para a promoção da transparência e para a prevenção da corrupção. Outros órgãos públicos também atuam na prevenção, controle, investigação e repressão da corrupção: o Ministério Público Federal, os Ministérios Públicos Estaduais, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, as Controladorias dos Estados, a Polícia Federal, as Polícias Estaduais, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, apenas para citar os órgãos mais evidentes.” (CGU. **Controle social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. 3. ed. Brasília: Positiva, 2012. p. 16).

33 Na Administração pública federal brasileira, o controle interno é bem organizado. Há o SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal em 1987, importante para a contabilidade da União Federal; o Decreto nº 3.591/2000, que veio disciplinar o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal; a Lei nº 10.180/2001, que veio a disciplinar o sistema de controle interno; o Manual do Sistema de Controle Interno (Instrução Normativa nº 01/SFC/2001); o Decreto nº 4.304/2002, que instituiu a Controladoria-Geral da União – CGU; a Lei de Responsabilidade Fiscal, que destaca a necessidade da transparência, planejamento e gestão fiscal responsável. (CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Direito Público**, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto-Alegre-Brasília: Síntese-IDP, p. 210-211).

34 “Não fica claro que deverá haver apenas um órgão, ou unidade de controle interno, em cada Poder. Cada um dos Tribunais conta com seu próprio sistema de controle interno, não tendo sido criado um órgão único para o Poder como um todo. Permite a interpretação de que a integração entre os sistemas de controle interno dá-se entre os Poderes, e não apenas na estrutura individualmente analisada de cada um. (RS tem 1 Contadoria e Controladoria)”. (*Ibidem*. p. 209).

35 **Art. 74, CF**: a) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; b) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração federa, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; c) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; d) apoiar o controle externo em sua missão institucional.

A sua unidade somente pode estar subordinada ao dirigente máximo do órgão, não ficando vinculada a qualquer outro órgão ou dirigente.<sup>36</sup>

Fiel às finalidades (acompanhamento, fiscalização, prevenção e orientação) acima destacadas, pode-se afirmar que os objetivos gerais a serem alcançados pelo controle interno são:

a) **Execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações:** o que implica dizer que as operações da entidade devem coadunar com a sua missão, ser bem organizadas e seguir preceitos morais, além de ser cumpridas com recursos condizentes com o seu custo e com a máxima eficácia esperada do ato.<sup>37</sup> “É a forma que a Administração possui para verificar a regularidade e a legalidade de seus próprios atos [...]”.<sup>38</sup>

b) **Cumprimento das obrigações de *accountability*:** embora não haja tradução equivalente e exata para a língua portuguesa, o termo diz respeito à responsabilidade do gestor público, especialmente quanto às informações financeiras e não-financeiras referentes a sua atividade, além, é claro, da assunção das consequências que tocam às decisões por si tomadas no âmbito de suas decisões e ações.<sup>39</sup> “[...] remete para dimensões semelhantes a prestação de contas, responsabilidade social, qualidade de serviço prestado, responsabilidade eleitoral etc”.[...].<sup>40</sup>

c) **Cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis:** por disciplinarem a captação, aplicação e forma de operar com o dinheiro público, as normas aplicáveis à atividade administrativa devem ser observadas irrestritamente. Ademais, essa postura é decorrente, também, e de modo geral, ao princípio da legalidade<sup>41</sup>, e “[...] obriga a Administração Pública, em todos os seus Poderes e órgãos, a sujeitar-se aos mandamentos da lei e da Constituição (art. 37, *caput*), sob pena de praticar ato inválido e passível de responsabilização”.<sup>42</sup>

36 CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Direito Público**, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto-Alegre-Brasília: Síntese-IDP, p. 210.

37 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). **Diretrizes para as normas de controle interno do setor público**. Trad. Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanice Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007. pp. 23-4.

38 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 172.

39 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Op. cit.* p. 24.

40 RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle social efetivo de políticas públicas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 146.

41 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Op. cit.* p. 24.

42 MILESKI. *Op. cit.* p. 400.

d) **Salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano:** decorrente dos demais objetivos, e decorrente do fato que a atividade administrativa, via de regra, lida com dinheiro público e a sua utilização é de interesse coletivo, o cuidado com valores e arquivos mostra-se de extrema relevância. Porém, há que se ressaltar que essa tarefa foi facilitada com os sistemas informatizados, mas na mesma proporção, tornou-se mais arriscado, eis que informações relevantes armazenadas em meios magnéticos podem ser destruídas ou copiadas, distribuídas ou mal utilizadas, caso não se tenha o devido cuidado e proteção.<sup>43</sup>

Quanto ao desperdício, e o gasto mal efetuado, tem-se que: “[...] deve guardar uma proporcionalidade de custo compatível com o serviço, material ou obra, tendo em conta o benefício decorrente”.<sup>44</sup>

Importante ressaltar, ainda, que o controle interno é contínuo e, uma vez constatada alguma irregularidade ou ilegalidade, os responsáveis pela realização do mesmo deverão imediatamente comunicar ao Tribunal de Contas respectivo, à luz do previsto no artigo 74, § 1º, da Constituição, sob pena de ser responsabilizado solidariamente pela sua conduta omissiva, incluindo-se eventuais débitos dela decorrentes.<sup>45</sup>

Outrossim, importa lembrar que, além das normas constitucionais e gerais dispostas para observância no controle interno, há princípios próprios que regem o controle das organizações, dentre os quais:

- a) **Princípio das relações intersetoriais (princípio da segregação de funções):** decorre do sistema tripartite de poderes e prevê que quando se separa as atividades de criação, executivas e fiscais, “nenhum servidor ou seção administrativa deve controlar todos os passos-chave de uma mesma transação ou fato”. Isso cria muitos obstáculos para que não ocorram desvios de finalidade quanto aos gastos públicos.<sup>46</sup>
- b) **Princípio da independência técnico funcional:** estabelece que o controlador (interno ou externo), não dependa do auxílio de outros órgãos para a realização das suas tarefas. Assim o controle só será efetivo se

43 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). **Diretrizes para as normas de controle interno do setor público.** Trad. Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007. pp. p. 25.

44 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública.** 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 294.

45 CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública.** Niteroi-RJ: Impetus, 2007. p. 42.

46 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa.** 2007, 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024862.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

o agente controlador tiver independência para realizar seu mister: “Significa o princípio que o controle não deve depender, funcionalmente de outras pessoas ou órgãos para a aferição do juízo técnico de valor nos trabalhos que realiza; não está, pois subordinado tecnicamente”.<sup>47</sup>

c) **Princípio da relação custo-benefício:** não se pode perder de vista a relação entre o custo da restrição/correção da atividade de controle e o benefício que ela trará, o que implica afirmar que o administrador deve, “[...] frente a cada situação concreta, valorar o custo e o benefício auferido a cada atividade de controle [...]”.<sup>48</sup>

De fato, esse princípio é relativo, diretamente, ao objetivo alhures mencionado, que toca não somente ao bom investimento do gasto público (relação ponderada entre custo-benefício), mas também ao impedimento de que as atividades administrativas ocorram com perdas, desperdícios e mau uso dos recursos.

d) **Princípio da aderência às diretrizes e normas:** por esse princípio, para a atividade de controle não deve bastar a análise única e literal da Lei. Tem grande importância a observância das diretrizes e normas no momento em que se realiza o controle da Administração Pública e deve “deve direcionar a interpretação da conduta do agente no sentido de apreciar os usos e costumes do local, sem deixar de considerar a condição do ente e a boa-fé do administrador”.<sup>49</sup>

Por derradeiro, impende destacar que a necessidade de que o controle interno seja realizado reflete-se na qualidade do gasto público, haja vista o artigo 74, CF, que obriga que a Administração realize a avaliação do efetivo cumprimento das metas estabelecidas, bem como a eficiência da gestão orçamentária.

Decorrente da atividade interna de controle é que surge a possibilidade de a Administração pública anular os seus próprios atos, quando ilegais, e revogá-los por oportunidade e conveniência, conforme reconhecido pelo STF, nas Súmulas 346 e 473.<sup>50</sup> Com base em tudo isso, o controle interno deve ultrapassar a mera análise formal da legalidade dos atos determinantes ao gasto público para aferir o efetivo cumprimento dos objetivos

47 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil:** jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 39.

48 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Controle interno da administração pública:** uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. 2007, 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024862.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015. p. 94.

49 *Ibidem*. p. 97.

50 **Súmula 346, STF:** “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. E, ainda, a **Súmula 473, STF:** “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

constitucionais e o respeito às diretrizes traçadas nas leis orçamentárias. A atenção deve estar voltada, portanto, à forma, ao mérito e à consecução dos atos controlados. Em linhas bastante gerais, o controle interno é muito parecido com o controle externo no que concerne às finalidades, objetivos e métodos, conforme adiante se verá.

### 3.2. Controle Externo

Primeiramente, é imperioso considerar que esse sistema está diretamente conectado com o ideário iluminista do Estado Democrático de Direito e da submissão irrestrita à lei.<sup>51</sup> E esse controle tanto será melhor e mais eficiente quando realizado por quem não faz parte do organograma do órgão controlado:

É o controle de um Poder sobre o outro; ou da Administração direta sobre a indireta [...] seria o contrasteamento *externa corporis*, realizado por Poder ou órgão diverso do controlado, envolvendo o exame de legitimidade e/ou supervisão político-administrativa, verificando se houve regularidade nos atos praticados par ao alcance dos objetivos de interesse coletivo.<sup>52</sup>

Assim, a avaliação das contas e gastos ocorre por quem de direito, mas estando este localizado fora do âmbito administrativo fiscalizado.<sup>53</sup> Seria o “olho do povo”, na medida em que constata a regularidade e legalidade no uso e aplicação do dinheiro público para fins coletivos. Embora não seja um dos Poderes, atua em nome do povo, “sendo peça imprescindível do regime democrático”.<sup>54</sup>

Esse sistema de fiscalização e controle tem por objetivo a apreciação da legalidade dos atos de admissões de pessoal, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. No entanto, é bom ressaltar que ele não se confunde com o “[...] controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública, que é incidental, eventual, necessariamente provocado, tanto na esfera civil como na criminal e na trabalhista”.<sup>55</sup>

51 “No Estado Democrático, entendendo-se como tal a organização do país com poderes limitados, com dirigentes eleitos periodicamente, em eleições livres, por sufrágio universal e voto direto e secreto e garantindo as liberdades fundamentais da pessoa humana, torna-se imprescindível que aos atos de índole financeira da Administração sejam controlados por um órgão externo à própria Administração e dotado de autonomia e de garantias, para o desempenho das funções. Facilmente podemos constatar, nos dias atuais, que não existe país democrático sem um órgão de controle com a missão de fiscalizar a boa gestão do dinheiro público”. (CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 12).

52 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 172-3.

53 CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niteroi-RJ: Impetus, 2007. p. 9.

54 MILESKI. *Op. cit.* p. 253.

55 CHAVES. *Op. cit.* p. 9.

Resumindo: o sistema de controle externo verifica a legalidade, legitimidade, economicidade dos atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, sua eficácia e eficiência, equidade e ecologicidade dos atos da administração direta, indireta da União e demais entes da federação<sup>56</sup>:

[...] é uma função complexa constituída por algumas atividades de rotina e outras eventuais, que podem ser desencadeadas por iniciativa do próprio ente responsável por ela, sem necessidade de provocação. Dependendo do sistema adotado e do objeto focado, o controle pode exaurir-se, completar-se, totalmente no âmbito da entidade fiscalizadora, ou envolver atribuições de mais de uma entidade.<sup>57</sup>

O alvo maior do controle externo são as despesas públicas, garantindo-se que não excedam os limites do orçamento público e que coadunem com o planejamento anteriormente efetuado. Também se procura zelar para que a execução das atividades administrativas cumpra o procedimento legal, seja isonômica (sem favorecimento) e dentro da razoável condição mercadológica. Por isso diz-se que esse controle é o “guardião do erário”.<sup>58</sup>

Os instrumentos dessa espécie de controle são: os mais comuns, como as auditorias, inspeções, apurações de denúncias, representações; os menos tradicionais seriam os acompanhamentos, exame e julgamento das prestações de contas, tomadas de contas, tomadas de contas especiais e extraordinárias, das contas de governo, e do registro de pessoal; e os mais novos, o levantamento e monitoramento de decisões.<sup>59</sup>

Essas ações podem ser desempenhadas segundo duas espécies de controle externo, tomando-se em conta a estrutura dos órgãos: o primeiro, singular, na forma das controladorias; e, o segundo, colegiado, nos moldes dos tribunais ou cortes de contas.<sup>60</sup>

Os Tribunais de Contas (TC) têm função mais enfaticamente ligada ao controle de legalidade dos atos de cunho financeiro da Administração. Este papel é priorizado pelos TCs, não obstante também possam ser efetuados pelas Controladorias ou Auditorias.<sup>61</sup>

56 Dentre elas: autarquias, fundações, empresas estatais, agências reguladoras, organizações sociais, concessionárias de serviço público, estados, municípios, entidades privadas e pessoas físicas. (CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niteroi-RJ: Impetus, 2007. p. 38).

57 *Ibidem*. p. 9.

58 *Ibidem*. p. 10.

59 *Ibidem*. p. 34.

60 CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 13.

61 “O controle da legalidade que prioriza a apreciação da regular execução das leis por parte do governante, continua sendo um eficiente mecanismo para zelar pela boa gestão dos recursos públicos. Embora não seja hoje a única forma de eficiente controle, a verificação da legalidade é a base de toda boa gestão das leis orçamentárias. Afinal, cumprir rigorosamente as leis votadas no Parlamento, seguir à risca as disposições do orçamento, sem violação ou irregular gestão, é a primeira obrigação do administrador público. Verificar se os atos administrativos obedeceram estritamente às leis é a primeira responsabilidade dos órgãos encarregados do controle administrativo”. (CITADINI. *Op. cit.* p. 17).

Por seu turno, o controle efetuado onde há controladorias e/ou auditorias, despende maior empenho quanto ao controle de mérito, em que se aprecia se a ação administrativa logrou o objetivo adequado com menor gasto. Assim, o controle ultrapassa a mera aferição legal/formal dos atos do administrador:

As Controladorias ou Auditorias-Gerais apareceram como órgãos de socorro do Parlamento. Seu trabalho consistia em dar às comissões de fiscalização do Poder Legislativo informações técnicas precisas sobre os atos dos gestores do dinheiro público. Sua aparição nos países anglo-saxônicos refletiu também a própria organização administrativa destes países. Primeiros a aperfeiçoarem (*sic*) as normas técnicas de contabilidade e finanças públicas, foram eles também (no caso, Inglaterra e Estados Unidos da América) que desenvolveram técnicas de auditoria tanto para o setor privado como para o público. Mesmo evoluindo para órgãos autônomos e com competências mais amplas, as Controladorias ou Auditorias-Gerais conservaram sua base fundamental, que prioriza o controle de economicidade dando especial realce às auditorias.<sup>62</sup>

Os dois sistemas apresentam vantagens e desvantagens, podendo ser aperfeiçoados e também com várias virtudes cada um. De fato, sua adoção reflete mais influência histórica do que por vantagens.<sup>63</sup>

A propósito, no Brasil, a fiscalização e o controle externo se dão através da atuação do Tribunal de Contas da União e dos Estados, que auxiliam a atividade fiscalizadora do Poder Legislativo<sup>64</sup> e, munidos de seus pareceres e análise, podem proceder a medidas severas aos infratores pela má gestão do Patrimônio Público. E isto pode acontecer de modo prévio, concomitante ou posterior a ação da administração.

Desse modo, o controle externo é função do Poder Legislativo, sendo competência do Congresso Nacional no âmbito da União; das Assembleias legislativas nos Estados; da Câmara Legislativa no DF e das Câmaras Municipais nos Municípios (todos, sempre com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas e/ou Conselhos de Contas, no caso dos municípios), *ex vi* do artigo 75 da Carta Magna.

62 CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 18.

63 *Ibidem*. p. 21.

64 As atribuições do Congresso Nacional quanto ao controle externo estão previstas no artigo 49 da Constituição, *verbis*: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V – sustar os atos normativos do Poder executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...] IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; [...] XIII – escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; [...]”.

Pelo Congresso Nacional, as atribuições previstas no artigo 49 da Carta Política quanto as contas do governo e outras passíveis de sua fiscalização são exercidas pelas Comissões parlamentares (artigo 58, § 2º, II e III, cumulado com os artigos 50 e 72, *caput*, e §§ 1º e 2º, CF); pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, § 3º, CF); e pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional (artigo 72, CF). Na esfera estadual, semelhantes são as atribuições e possibilidades das Assembleias Legislativas, resguardadas as ações próprias de competência federal e as restrições relativas ao seu território quanto aos demais Estados. O mesmo se diga quanto às Câmaras de vereadores (nos municípios) e Câmara Legislativa (no Distrito Federal).

Quanto aos Tribunais de Contas, eles foram criados pelo Decreto 966-A/1890, por iniciativa de Ruy Barbosa (institucionalizado pelo artigo 89 da Constituição de 1891). Daí passou a todas as demais Constituições. Sofreu revezes nas épocas ditatoriais, eis que só tem sentido no Estado Democrático de Direito. Nestes, passou a ser “apenas formalidade vazia sem resultado prático”.<sup>65</sup> Eles exercem o controle externo, mas têm natureza política. Apresentam-se como órgão técnico e suas decisões são administrativas – não jurisdicionais (seus atos são de natureza formalmente administrativa e, à exceção do julgamento de contas, também materialmente administrativa).<sup>66-67</sup>

No que pertine ao Tribunal de Contas da União (TCU), ele tem sede no Distrito Federal, mas jurisdição em todo território nacional. Vincula-se ao Poder Legislativo, mas não é a ele subordinado. Tanto é fato, que possui, inclusive, independência orçamentária e administrativa.<sup>68</sup> É composto por nove ministros (nomeados dentre brasileiros de idoneidade moral e reputação ilibada de notório conhecimento jurídico, contábil, econômico e financeiro ou de administração pública, com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, com mais de 10 anos de exercício de função e de efetiva atividade profissional correspondente as especialidades acima (artigo 73, CF). 3 são escolhidos pelo Presidente

65 SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. In BRASIL, TCU. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001**: monografias vencedoras. Brasília: TCU, 2002. p. 685 e 686.

66 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Controle interno da administração pública**: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. 2007, 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024862.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015. p. 131.

67 “[...] não sendo de natureza judicial as funções do Tribunal de Contas, também não podem ser consideradas meramente administrativas. São de caráter administrativo, mas com a qualificação do poder jurisdicional administrativo, que derivam de competência constitucional expressamente estabelecida, com a delimitação do poder de conhecer e julgar as contas prestadas pelos administradores públicos”. (MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 252).

68 LIMA, Flávia Danielle Santiago. O controle das finanças públicas: sentido, conteúdo e alcance do art. 70 da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/337>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

da República e 6 pelo Congresso Nacional – tem as mesmas prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do STJ. Só se aposentam com os vencimentos do cargo se houverem trabalhado mais de 5 anos no mesmo) e quadro próprio de pessoal.

Sua competência quanto ao próprio funcionamento está estabelecida no artigo 96 da Constituição: eleger órgãos diretivos, elaborar seu regimento interno, dispor sobre a competência e o funcionamento dos seus órgãos administrativos; organizar sua secretaria e serviços auxiliares; prover os cargos necessários a administração de seus órgãos, por concurso (salvo os CC); conceder licença, férias e outros afastamentos aos membros e servidores; propor ao Congresso Nacional a criação e extinção de cargos e fixação de vencimentos de seus membros e serviços auxiliares.

Suas atribuições estão previstas no artigo 71, da Constituição<sup>69</sup>, e dividem-se em dois grandes grupos: as de fiscalização e as de exame das prestações de contas, sendo que “[...] têm características distintas tanto em relação aos objetivos quanto aos meios empregados, e, conseqüentemente, quanto às estratégias e aos resultados alcançados”.<sup>70</sup>

Com relação aos Tribunais de Contas dos Estados (TCE), eles existem em todos os Estados da federação e são compostos de 7 Conselheiros (artigo 75, CF), com função

69 **Art. 71, CF:** “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. [...]”.

70 CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niteroi-RJ: Impetus, 2007. p. 24.

de auxiliar a Câmara dos Deputados/Vereadores nas seguintes atribuições.<sup>71</sup> A eles cabe fazer fiscalizações e auditorias, por iniciativa própria ou por proposta do Ministério Público, bem como examinar e julgar a regularidade das contas dos gestores públicos estaduais<sup>72</sup> e municipais (nos Estados onde não existem Tribunais de Contas de Municípios).

Assim, na atualidade, é compulsória a instituição dos Tribunais de Contas dos Estados e, pelo princípio da simetria constitucional, face ao modelo de fiscalização estipulado nacionalmente, aplica-se aos Tribunais de Contas estaduais todo o sistema de fiscalização destinado ao Tribunal de Contas da União, inclusive quanto às normas de organização e competências.<sup>73</sup>

Já quanto aos Tribunais de Contas dos Municípios (TCM), é importante ressaltar que por previsão contida no artigo 31 constitucional, eles analisam e julgam anualmente as contas das prefeituras, contando, ainda, com o aporte dos Conselhos de Contas.

Também é importante mencionar que no Brasil inteiro, eles existem apenas em quatro Estados (Bahia, Ceará, Goiás e Pará tem um Tribunal de Contas para todos os seus Municípios) e em dois municípios específicos (Rio de Janeiro e São Paulo têm seu Tribunal de Contas próprio, mantidos após a Constituição de 1988), sendo que, por obra do § 4º do já citado artigo 31 da Constituição, resta proibida a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas nos Municípios pelos próprios municípios<sup>74</sup>, sendo esta uma atribuição do Estado a que façam parte.<sup>75</sup> Além das acima citadas, nas demais unidades da federação, os municípios têm suas contas fiscalizadas pelos respectivos Tribunais de Contas Estaduais.

Para arrematar, é claro que não se pode deixar *a latere* que esta espécie de controle também é função do povo, a ser exercida por intermédio de seus representantes ou de *per*

71 CGU. **Controle social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. 3. ed. Brasília: Positiva, 2012. p. 38.

72 Esses gestores podem ser governadores, prefeitos, secretários estaduais e municipais, ordenadores de despesas e dirigentes de autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista. (N. da A.).

73 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 238.

74 **Art. 31, CF**: “A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. [...] § 4º - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais”.

75 Nesse sentido: “A vedação contida no § 4º do art. 31 da Constituição Federal só impede a criação de órgão, Tribunal ou Conselho de Contas, pelos municípios, inseridos na estrutura destes. Não proíbe a instituição de órgão, Tribunal ou Conselho, pelos Estados, com jurisdição sobre as contas municipais. [...] (BRASIL, STF, **ADIN no. 154**, J. em 18.04.1990, pelo Tribunal Pleno. Rel. Min. Otávio Gallotti).

si, sobre a administração financeira e orçamentária. Nesta senda, exsurge importante tecer algumas considerações acerca do controle social, o que adiante se fará.

### 3.3. Controle Social

A principiologia do controle pelo cidadão sobre as atividades estatais foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 15.<sup>76</sup>

No Brasil, a preocupação em se estabelecer um controle social forte e atuante torna-se ainda maior, em razão da extensão territorial do país e da descentralização geográfica dos órgãos públicos integrantes dos diversos níveis federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Considerando o tamanho gigantesco do Estado brasileiro, o controle institucional, por melhor que seja, jamais terá condições de dar conta de todo o serviço. Assim, o espaço a ser ocupado pelo controle social é enorme.<sup>77</sup>

A Constituição de 1988 definiu a descentralização e a participação popular como marcos no processo de elaboração das políticas públicas, especialmente na área de política social. Ela dá relevo favorável à participação dos cidadãos nos processos de tomada das decisões políticas essenciais ao bem-estar da população (artigo 74, CF)<sup>78</sup>, sendo que esse princípio é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito.<sup>79</sup> Neste sentido, importante a lição de Juarez Freitas:

A democracia representativa é vital. A direta também. Bem por isso, eis um dos mais complexos e fascinantes desafios em matéria de controle: fazer complementares os instrumentos da democracia direta e os da democracia representativa. Impõe-se, para tanto, sobrepassar o formalismo da legitimação pelo procedimento, característico da tradicional e antiga democracia representativa, especialmente tendo em conta, no caso brasileiro, as prescrições da Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da

76 Que estabelece: “*La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration*”, ou seja: “A sociedade tem o direito de pedir contas de sua administração a todos os agentes do poder público”. (Trad. livre das autoras).

77 Nessa linha: SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. In BRASIL, TCU. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001**: monografias vencedoras. Brasília: TCU, 2002.

78 “O controle social é forma de controle externo, e foi objeto de destaque na Constituição da República, que, no seu artigo 74, parágrafo 2.º, ao atribuir ao cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma da lei, competência para denunciar ilegalidades ou irregularidades perante os Tribunais de Contas, privilegiou a cidadania e fez os cidadãos tornarem-se responsáveis pela coisa pública”. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 39).

79 Além do artigo 74 constitucional, da mesma Carta ainda pode-se destacar os artigos 29, XII; 187; 194; 195; 198; 204, II; 205; 206, VI; 225, que valorizam, de algum modo, a participação popular na administração pública. Afora estes dispositivos, a Emenda Constitucional no, 19, de 1998, em seu artigo 37, da mesma forma, estabelece e assegura as formas de participação do usuário na administração. Sem falar da legislação especial, que contém inúmeros artigos que prevêm a participação popular como importante instrumento de controle estatal. (N. da A.)

Cidade, que merecem (a despeito de dispositivos censuráveis), o reconhecimento de que, em termos potenciais, robusteceram, em sintonia com a Constituição, o controle social indispensável à hierarquização consistente das prioridades comunitárias.<sup>80</sup>

Assim, o controle social é instrumento disposto pelo constituinte para que se permita a atuação da sociedade no controle das ações do Estado e dos gestores públicos, utilizando-se de qualquer uma das vias de participação democrática<sup>81</sup> como ator principal, e não como mero expectador da vida política de seu país.<sup>82</sup> Ele pode ser entendido como a participação do cidadão pessoalmente<sup>83</sup>, ou de entidades do terceiro setor<sup>84</sup> na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle das ações da Administração Pública, assegurando “garantias constitucionais ao cidadão, com o dever de materialização dessas garantias [requerendo] a participação ativa dos cidadãos e das formas sociais organizadas (Controle Social, Conselhos Comunitários etc)”.<sup>85</sup>

A sua melhor definição é de Franco Garelli:

[...] conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.<sup>86</sup>

80 FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos**. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 89.

81 OLIVEIRA, Arildo. Controle social: perspectivas para a fiscalização popular da administração pública no Brasil. In BRASIL, TCU. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001**: monografias vencedoras. Brasília: TCU, 2002. p. 144.

82 “[...] as soluções ótimas para a condução de políticas administrativas continuadas só podem ser pensadas em termos de uma constante lapidação. Tudo isso sob as vistas daquele que não é mero figurante, mas protagonista e financiador de todos os projetos: o povo”. (RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle social efetivo de políticas públicas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 141).

83 “No controle social, o cidadão é o meio executor do controle, que pode verificar, acompanhar e fiscalizar a regularidade dos atos governamentais”. (MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 212).

84 Terceiro setor: “[...] composto por pessoas jurídicas sem a finalidade lucrativa, presumivelmente comprometidas com atividades de real interesse público [...]. não está, a bem dizer, entre o direito público e o direito privado, mas no direito público e no direito privado, ainda que não se confunda, por definição, com a esfera estatal. A regência, no campo das regras, será predominantemente privada. Já, no campo dos princípios, quando desempenharem atividades de complementação à atividade estatal (não de substituição) – ou seja, de protagonismo na concretização do interesse público –, a regência não poderá deixar de receber forte influxo publicista.” (FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos**. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 439).

85 MILESKI. *Op. cit.* p. 211.

86 GARELLI, Franco. Verbete: Controle social. In: BOBBIO, Norberto; MATETUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12.ed. Brasília: Editora UNB, 1999. v.1. p. 284.

Já a sua importância e função restam destacadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.<sup>87</sup>

Esse controle deve ser puro, sem promiscuidade de ocasião; não pode buscar cargos e nem ter interesses outros senão o da moralidade administrativa e o da boa e eficiente gestão da coisa pública<sup>88</sup>, sendo, talvez, atualmente, o mais poderoso dos sistemas.

Porém, não se pode descuidar de um fator de extrema relevância: esse controle requer consciência e maturidade por parte do cidadão. E que estas qualidades tem que ser queridas tanto pelo próprio administrado quanto pelo administrador. E isso somente se alcançará por meio da educação financeira e da inserção do cuidado com o que é de todos por todos, afastando-se o adágio pernicioso de que a coisa pública, ao invés de ser de todos, é coisa de ninguém. E que, portanto, ninguém tem responsabilidade em dela cuidar ou dela entender: “É pena que não se tenha sequer esboçado até agora um programa educacional para explicar à população com palavras simples e diretas o que está em jogo para cada cidadão sempre que o governo gasta muito ou gasta mal”.<sup>89</sup>

Também é sabido que essa modalidade de controle pode ser exercida diretamente nas urnas, mas a falta de informação e transparência pode turvar as opções – ou a falta delas – do eleitor/controlador. Daí, dependendo-se, novamente, que o fator educação<sup>90</sup> (e nela inserida a educação financeira) seja primordial no caminho longo a se trilhar rumo à maturidade política e do efetivo exercício da cidadania pelo brasileiro médio.

A reflexão deveria preceder a escolha democrática nas eleições. Mas, para escolher, é preciso saber quais são as opções, dispor de informações acerca

87 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 636.

88 MENEZES, Erivaldo Gonçalves de. Apontamentos sobre o controle social e a transparência nos atos da administração pública. In BRASIL, TCU. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001**: monografias vencedoras. Brasília: TCU, 2002. p. 314.

89 RICUPERO, Rubens. Gasto público: o problema não é só a quantidade, mas a qualidade (prefácio). In: MENDES, Marcos. **Gasto público eficiente**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006. p. 12.

90 “[...] um assunto que constitui o pressuposto da existência de um Estado Democrático real, não de fachada: a informação. É a qualidade da informação, sem censura, sem maquiagem, que promove a crença de que o mandante pode influir no rumo dos planos, projetos e execução de programas públicos. Essa certeza de diálogo produtivo e influente dá credibilidade ao governo e à execução de planos que, muitas vezes, prolongam-se por mais de uma geração”. (RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle social efetivo de políticas públicas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 142).

das consequências de determinadas escolhas, receber dados a fim de avaliar os custos e os benefícios das diversas alternativas. Era isso que queria dizer Norbert Wiener, o fundador da cibernética, quando afirmava que ‘ser informado é ser livre’. Em outras palavras, ser livre é poder escolher. Como escolher, no entanto, se não sabemos o que podemos escolher e se desconhecemos os prováveis resultados de nossas escolhas?<sup>91</sup>

Deve-se ressaltar, ainda, que os atributos deste controle deverão ser exatamente os mesmos que se exige da Administração: portanto, deverá ser eficiente, probo, transparente, pois importa tanto aos agentes públicos quanto ao administrador e administrados. É importante porque contribui para a boa e correta aplicação dos recursos públicos, fazendo com que as necessidades da sociedade sejam atendidas de forma eficiente.<sup>92</sup>

O controle social pode ocorrer tanto no planejamento como na execução das ações do governo, influenciando diretamente na hierarquia das prioridades de investimento/ação estatal, assim como monitorando a atuação do administrador na execução do orçamento em cada exercício financeiro, com o objetivo de “apurar se as decisões da Administração Pública são consentâneas com as preferências populares reveladas”<sup>93</sup>, apresentando-se mediante alguns mecanismos de exercício. Veja-se:

#### a) **Controle social do planejamento orçamentário:**

Os instrumentos do planejamento de ações do Estado, definidos na Constituição da República, são o Plano Plurianual (PPA) a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA)<sup>94</sup> e, assim sendo, aquele deverá planejar sua atuação e políticas públicas em conjunto com os segmentos representativos da sociedade civil.<sup>95</sup>

91 RICUPERO. *Op. cit.* 13.

92 Apesar de o controle social dos gastos públicos ter apenas a função de auxiliar o controle institucional – que é aquele exercido pelas Controladorias (internamente) e pelos Tribunais de Contas (externamente) –, sua importância política só tem aumentado, especialmente após a edição da Lei Complementar 131, em 28/05/2009, a qual acrescenta diversos dispositivos à LC 101 (LRF). (N. da A.)

93 ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 107.

94 “As leis orçamentárias são o mais apropriado exemplo de normas instituidoras de políticas públicas – nesse sentido, o art. 2º da Lei no. 4.320/64, que se refere a ‘política econômico-financeira’ e a ‘programa de trabalho do Governo’, e o art. 165 da Constituição Federal, que atribui ao plano plurianual ‘as diretrizes, objetivos e metas da administração federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas a programas de duração continuada’. Ora, se os tipos de orçamento são a forma inevitável de dar início à concreção de políticas públicas, é de se reconhecer que o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), que é a cristalização do PPA e da LDO, são normas-objetivo e não admitem a livre partilha de seus valores entre o Congresso e a Presidência da República, nem a discricionariedade sobre a disposição dos recursos públicos arrecadados”. (RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle social efetivo de políticas públicas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 177).

95 “[...] voltamos à atividade financeira estatal, encerrando assim o que denominamos de ciclo democrático das finanças públicas, pois consideramos ainda como etapa a ser vencida, na busca pela consolidação

De sua banda, a sociedade tem o direito e o dever de participar da elaboração desses instrumentos de planejamento da vida do Estado: <sup>96</sup>

No PPA, pode participar das reuniões de elaboração e apreciação, para que sejam contempladas suas necessidades no quadriênio a que o planejamento se refere; na LDO, igualmente, pode e deve participar da decisão que elege os programas a serem executados no exercício seguinte, pois somente assim será garantida uma governança democrática, que melhor atenda às necessidades da comunidade; e na LOA, a sociedade deve também participar da deliberação que aloca os recursos públicos para a execução do programa de trabalho do governo de sua unidade federativa.

Somado a isto, a sociedade deve participar não apenas da elaboração dos instrumentos de planejamento (PPA, LDO e LOA) mas, e inclusive, do processo de apreciação e votação nas casas legislativas.<sup>97</sup>

Acresça-se que aqui, o controle social é “instrumental e, a rigor, seu objetivo central é obter informação e divulgá-la, de modo a fomentar o debate público [...]”.<sup>98</sup>

#### b) **Controle social da execução das despesas públicas:**

Encerrada a fase de elaboração, apreciação, votação e aprovação das peças orçamentárias, inicia-se a fase de execução. É o momento da realização dos fins públicos estabelecidos na Constituição. E nesta, o cidadão deve se organizar para participar da gestão desses recursos, em conjunto com os agentes públicos.

O ordenamento jurídico estabelece algumas regras para que as despesas não se realizem arbitrariamente. Essas regras estão contidas, principalmente, na Lei das Finanças Públicas, a Lei nº 4.320/64, na Lei das Licitações, a Lei nº 8.666/93 e na Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº 101/2000. <sup>99</sup> Por isso, após participar da

---

democrática, a articulação política do meio social que seja capaz de transformar o orçamento público em um instrumental à efetivação das legítimas preferências populares e à responsabilização dos maus gestores da coisa pública”. (ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 106).

96 CGU. **Controle social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. 3. ed. Brasília: Positiva, 2012. p. 18.

97 ASSONI FILHO. *Op. cit.* p. 107.

98 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 134.

99 “A Lei nº 8.666/93 estabelece, por sua vez, que as despesas devem ser efetuadas, sem privilegiar um ou outro fornecedor dos produtos, obras ou serviços. Isto é, o gestor público deve observar o princípio constitucional da isonomia (igualdade de todos perante a lei). Por outro lado, deve sempre selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, conjugando com razoabilidade os critérios de preço e técnica. Assim, as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, devem ser, em regra, precedidos de licitação, que

elaboração das peças orçamentárias, a sociedade deve acompanhar de perto a execução das despesas públicas, nas três fases descritas acima, para evitar desvio e desperdício dos recursos públicos. Ótimos exemplos disso são os Observatórios Sociais<sup>100</sup> e os Conselhos Comunitários<sup>101</sup>.

Interessante a divisão/classificação do controle efetuado pelo cidadão: o controle informal e o controle institucional:

O fortalecimento da posição do usuário só poderá ocorrer em duas hipóteses (sendo que apenas uma delas pode ser objeto de lei): a – informalmente – a coletividade se organiza espontaneamente e reage de modo a pressionar direta ou indiretamente o Poder Público. b – institucionalmente – outorga-se poderes a representantes comunitários, a entidades de bairro, associações de usuários ou algo semelhante, para que possam interferir no processo decisório de modo oficial.<sup>102</sup>

Disto tudo, percebe-se que o controle social pode ser exercido pelos conselhos de políticas públicas ou diretamente pelos cidadãos, individualmente ou de forma organizada. Impende, então, avaliar esses moldes e tecer derradeiras ponderações:

O controle social exercido pelos conselhos são instâncias de exercício da cidadania, que abrem espaço para a participação popular na gestão pública. Eles podem desempenhar, conforme o caso, funções de fiscalização, de mobilização, de deliberação ou de consultoria.<sup>103</sup>

---

deve ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Segundo a Lei nº 4.320/64, toda despesa efetuada na Administração Pública, de qualquer dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deve seguir três estágios: empenho, liquidação e pagamento.”. (CGU. **Controle social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. 3. ed. Brasília: Positiva, 2012. p. 20 e 21).

100 “É um espaço para o exercício da cidadania, que deve ser democrático e apartidário e reunir o maior número possível de entidades representativas da sociedade civil com o objetivo de contribuir para a melhoria da gestão pública. Cada Observatório Social é integrado por cidadãos brasileiros que transformaram o seu direito de indignar-se em atitude: em favor da transparência e da qualidade na aplicação dos recursos públicos. São empresários, profissionais, professores, estudantes, funcionários públicos e outros cidadãos que, voluntariamente, entregam-se à causa da justiça social”. (OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL. Site oficial. Disponível em: <http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/FreeComponent22726content193071.shtml>. Acesso em: 11 fev. 2015).

101 Os conselhos comunitários são compostos por pessoas da sociedade civil organizada que se reúnem para acompanhar, analisar e discutir a solução de seus problemas e a planejar e desenvolver campanhas educativas sobre os mesmos, estreitando as relações de entendimento e cooperação junto a lideranças. (N. da A.)

102 AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 250.

103 “A função fiscalizadora dos conselhos pressupõe o acompanhamento e o controle dos atos praticados pelos governantes. A função mobilizadora refere-se ao estímulo à participação popular na gestão pública e às contribuições para a formulação e disseminação de estratégias de informação para a sociedade sobre

Lembre-se que o propósito dessa espécie de controle não é interferir com a formulação ou com a execução da política pública ou punir o agente público. Trata-se apenas de racionalizar a gestão das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais e incrementar o grau de responsabilidade política e social (*accountability*), de modo a fornecer subsídios mais consistentes par ao debate e o controle sociais.<sup>104</sup>

A legislação brasileira prevê a existência de inúmeros conselhos de políticas públicas, alguns com abrangência nacional e outros cuja atuação é restrita a Estados e Municípios<sup>105</sup>. Sua instituição e seu funcionamento são condições obrigatórias para que possam receber recursos do Governo Federal para o desenvolvimento de uma série de ações.

Outras formas de controle social podem ser efetuadas pelo cidadão ou grupo deles, isoladamente ou em conjunto com entidades ou organizações da sociedade civil, agindo como fiscal das contas públicas.<sup>106</sup>

Além de fiscal, o cidadão pode efetuar denúncia de possíveis irregularidades encontradas aos diversos órgãos que possuem competência para atuar, tais como o as Agências Reguladoras, a Controladoria-Geral da União (CGU), o Ministério Público Estadual, o Ministério Público Federal, os Tribunais de Contas do Município, do Estado e da União, as Câmaras de Vereadores e Assembleias Legislativas e os Conselhos responsáveis pelo acompanhamento da respectiva política:

Em grandes linhas, [...], entendamos que a superação da chamada crise regulatória estatal passa necessariamente pela valorização da descentralização administrativa e o incentivo à participação popular no controle das atividades públicas. Por outro lado, a ampliação do espaço de participação da iniciativa na prestação de serviços públicos reclama necessariamente o componente da regulação jurídica. Daí a importância do papel do Direito Econômico nessa tarefa de reestruturação dos padrões

---

as políticas públicas. A função deliberativa, por sua vez, refere-se à prerrogativa dos conselhos de decidir sobre as estratégias utilizadas nas políticas públicas de sua competência, enquanto a função consultiva relaciona-se à emissão de opiniões e sugestões sobre assuntos que lhes são correlatos". (CGU. **Controle social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. 3. ed. Brasília: Positiva, 2012. p. 21).

104 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 135.

105 "Alguns exemplos de conselhos que devem ser constituídos pelos municípios: Conselho de Alimentação Escolar Conselho Municipal de Saúde Conselho do Fundo da Educação Básica (FUNDEB) Conselho de Assistência Social (os programas são voltados para as crianças (creches), idosos, portadores de deficiências físicas)". (CGU. *Op. cit.* p. 28 e ss).

106 No caso dos municípios, por exemplo, a Constituição Federal assegura, no § 3º do Artigo 31, que suas contas ficarão à disposição de qualquer contribuinte para exame e apreciação durante 60 dias, anualmente, sendo possível o questionamento da legitimidade das contas nos termos da lei. (N. das A.).

de atuação estatal na área dos serviços públicos, aliviando a tarefa estatal operacional e instituindo controles eficientes e flexíveis sobre os concessionários.<sup>107</sup>

Também é de se destacar que deveria ser natural que “[...] cada governo eleito divulgasse suas metas concretas por setor e, periodicamente, prestasse contas do que foi feito, do que não pode ser feito e das razões para tanto, sobretudo em um sistema, como o brasileiro, que admite a reeleição dos Chefes do Executivo”.<sup>108</sup> Como tal não ocorre, essa se mostra como mais uma face do controle social: o efetuado nas urnas. Aí reside uma ação extremamente eficaz, mas infelizmente ainda não descoberta pela maioria dos cidadãos deste País.

Enfim, a efetividade dos mecanismos de controle social depende essencialmente da capacidade de mobilização da sociedade e do seu desejo de contribuir. Mais do que garantir a lisura na utilização dos recursos públicos, o principal resultado do controle social encontra-se, na esfera política: fortalecer a credibilidade da democracia como regime de governo, uma vez que essa credibilidade volta e meia é questionada, diante dos inescrutáveis escândalos relativos à corrupção havidos neste País.

#### **4. Notas Conclusivas: O Controle Social ainda é Figura de Retórica ou já se Mostra como Ator do Controle dos Gastos Públicos?**

Para arrematar, ao menos por ora, a discussão, deve-se dar relevo a alguns aspectos alhures discutidos, sendo o primeiro relativo à inquestionável assertiva de que os direitos dos cidadãos custam ao Estado.

É fato, também, que a manutenção, a garantia e o respeito aos direitos da população implicam em despesas a serem gerenciadas pelas lideranças. E num País de grandes dimensões e avolumada população, custam muito caro a Administração.

Por outro lado, não se pode descuidar que o suporte destas despesas se dá por intermédio dos tributos pagos por aquela mesma população.

Até aí o raciocínio funciona.

No entanto, ao se analisar como o dinheiro público é gasto, a primeira incongruência aparece: em regra, a despesa pública tem sido mal destinada, seja por desídia, seja

107 AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 253.

108 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 135.

por incompetência, atecnicidade, corrupção do administrador... Exemplos não faltam. A Administração peca nesta tarefa e a população é quem sofre as conseqüências de sua inaptidão.

No entanto, mesmo sendo a principal vítima da desatenção do gestor dos gastos públicos, que permite desperdício, maus investimentos, negligências, o cidadão continua adotando, na maioria das vezes, postura inerte.

Ora, é imperioso destacar que os desafios que se colocam diante da democracia exigem cidadãos que não se limitem a reclamar, mas que se disponham a agir. E para isso, devem ir além dos limites da democracia puramente representativa: é necessária a participação direta das pessoas, tomando para si a responsabilidade por zelar pelo funcionamento correto das instituições públicas.

Isso implicará, certamente, numa maior solidez das instituições democráticas que compõem o Estado, eis que a atuação cidadã gera o convencimento de que os órgãos realmente funcionam e são eficazes em sua atuação, pois é infinitamente mais difícil corromper um controlador múltiplo e poliatuante.

Mais ainda: a omissão coletiva é quase impossível, eis que residente em cada par de olhos da população atenta e consciente. Essa certeza gerará, inquestionavelmente, força às esferas estatais de atuação, bem como, também, confiança social quanto as suas ações.

**Neste aspecto, o controle social ainda é um programa sem muita efetividade, não passando de discurso apropriado para a conjuntura, mas que, na prática, pouco tem feito.**

É que esse patamar de simbiose social necessita da existência de um pressuposto a ser preenchido para que, realmente venha a existir: o desenvolvimento técnico e cultural da população. Melhor explicando: sem conhecimento, sem cultura e discernimento, a sociedade fatalmente fica fadada a ser “massa de manobra” e jamais ocupará o posto de ator neste processo tão importante que é o controle social sobre as ações do administrador – seja como controlador, seja como colaborador – eis que carecerá do aporte teórico e científico para tanto. Se este *status* permanecer, o cidadão continuará a assistir o que hoje vem ocorrendo.

O que aqui se defende é a ideia de que somente uma melhoria considerável e constatável no quesito crescimento intelectual populacional levará ao amadurecimento que serve de combustível para a participação social na atuação estatal.

Assim, a cultura jurídica e a contribuição social seriam prerrogativas da soberania e autonomia popular, capaz de elevar o nível de atuação do administrador, eis que este seria cômico de que seus atos estariam sendo velados permanentemente por um sujeito perceptível, mas inidentificável, eis que seus olhos se mostrariam na face de qualquer cidadão.

Por outro prisma, impende destacar que essa atuação conscienciosa é fator imprescindível na manutenção do regime democrático, pois garante a todos não somente a lisura da ação do administrador, mas também reflete a vontade de todos – ou, na melhor das hipóteses, na vontade da maioria, como soe acontece neste regime.

No Brasil, vários e honrosos exemplos existem e com grande atuação, tais como os Observatórios Sociais, Conselhos Comunitários, Conselhos Municipais de direitos, dentre outras iniciativas ligadas ao terceiro setor.

Há, ainda, que se considerar que o controle social, embora seja independente – talvez o mais independente de todos - não se esgota em si mesmo e nem se sobrepõe o controle interno e o externo, sendo complementar e coordenado com aqueles, e deles dependendo para ter a eficácia que dele se espera.<sup>109</sup>

**Diante destes particulares exemplos, o controle social mostra-se efetiva e presente ferramenta não somente de fiscalização e controle dos gastos públicos, mas também de auxílio e coordenação para com o Administrador.**

No entanto, essas iniciativas ainda são isoladas e, em muitas circunstâncias, embrionárias, merecendo maior atenção por parte daqueles que sofrem com os defeitos da gestão dos gastos públicos: a própria população.

Finalmente, merece destaque a afirmação de que não pode o cidadão ser considerado nem vítima e nem expectador de atos de gestão em desconexão com a lei e valores sociais, devendo ser considerado, sim, um aliado dos controles externo e interno, devendo a sua atuação se conjugar à dos demais para garantir à sociedade o Estado eficiente e probo que há tanto tempo aguarda<sup>110</sup> como espelho da conduta desta mesma sociedade.

109 “O controle social, para fazer valer as suas constatações contra irregularidades praticadas pelo Poder Público, deve buscar a própria Administração para correção das falhas encontradas, representar os integrantes do sistema de controle interno, denunciar os fatos ao Tribunal de Contas ou ao representante do Ministério Público”. (MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 212).

110 Nesta esteira: “[...] o controle sistemático dessa modalidade de cooperação entre o Poder Público e a sociedade deve ter presente que aqui se encontra uma das mais promissoras fontes de mobilização articulada e transparente de forças voluntárias. As mesmas forças que mantêm vívidas as perspectivas de viabilização de um caminho que não conduz ao assistencialismo paternalista, nem afasta o Estado de seu papel irrenunciável, tampouco reduz o cidadão a espectador/vítima da guerra ‘desregulatória’ de todos contra todos. Quer-se o Estado que assuma, processual e substancialmente, o qualificativo ‘Democrático’, sem renunciar às funções regulatórias e à indeclinável titularidade em matéria de serviços públicos, mas que saiba, ao fim e ao cabo, promover, com respeito ao princípio da subsidiariedade, a robusta e emancipacionista participação social, como auxílio do Terceiro Setor, no desiderato de promover, de modo vigoroso, o desenvolvimento humano”. (FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos**. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 453-4).

## 5. Referências

- AFONSO DA SILVA, José. **Direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 111-147.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**. 2007, 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/tese/arqs/cp024862.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- CGU. **Controle social: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social**. 3. ed. Brasília: Positiva, 2012.
- CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói-RJ: Impetus, 2007.
- CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Direito Público**, ano VIII, n. 37, jan/fev 2011, Porto-Alegre-Brasília: Síntese-IDP.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos**. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

- \_\_\_\_\_. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GARELLI, Franco. Verbete: Controle social. In: BOBBIO, Norberto; MATETUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12.ed. Brasília: Editora UNB, 1999. v.1.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **The cost of rights: why liberty depends on taxes?** Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. O controle das finanças públicas: sentido, conteúdo e alcance do art. 70 da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/337>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- MENEZES, Erivaldo Gonçalves de. Apontamentos sobre o controle social e a transparência nos atos da administração pública. In BRASIL, TCU. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001: monografias vencedoras**. Brasília: TCU, 2002.
- MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MORAES, Alexandre. **Direitos humanos e fundamentais: teoria geral**. Comentários aos artigos. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL. Site oficial. Disponível em: <http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/FreeComponent22726content193071.shtml>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- OLIVEIRA, Arildo. Controle social: perspectivas para a fiscalização popular da administração pública no Brasil. In BRASIL, TCU. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001: monografias vencedoras**. Brasília: TCU, 2002.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). **Diretrizes para as normas de controle interno do setor público**. Trad. Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007.
- POSNER, Richard. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- RICUPERO, Rubens. Gasto público: o problema não é só a quantidade, mas a qualidade (prefácio). In: MENDES, Marcos. **Gasto público eficiente**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

- RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle social efetivo de políticas públicas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- SECONDAT, Charles de. Barão de Montesquieu. **O espírito das leis**. Livro XI, cap. VI. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.
- SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. In BRASIL, TCU. **Prêmio Serzedello Corrêa 2001**: monografias vencedoras. Brasília: TCU, 2002.

# O DEFICIT DE LEGITIMIDADE NO PROCESSO POLÍTICO BRASILEIRO. A VIOLAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA

EDILENE LÔBO

Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Processo Penal pela Universidade de Castilla La Mancha, Espanha. Graduada em Direito pela Universidade de Itáúna. Professora da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade de Itáúna. Advogada.

## Resumo

O presente artigo busca refletir sobre o *deficit* de legitimidade do processo político brasileiro, na medida em que afasta o povo do controle das eleições e dos mandatos políticos, recusando proteção e concreção do direito fundamental de participação, coluna mestra do Estado Democrático de Direito. Também, quer identificar mecanismos de ativação das consultas públicas como métodos de aferição da vontade popular, que não podem ser substituídas pelo que se lê na crítica impressa. Para alcançar seus objetivos, fez-se ligeira demonstração do funcionamento dos órgãos judiciais eleitorais pátrios, identificando-se as ações do controle das eleições que só podem ser encabeçadas por quatro legitimados (candidato, partido, coligação e Ministério Público), bem como apresentou-se as justificativas do discurso de aplicação para o minimalismo de participação e o excesso de jurisdição (ativismo *versus* minimalismo).

## Palavras-chave

Legitimidade; Povo; Democracia.

## Abstract

This article seeks to reflect on the legitimacy deficit of the Brazilian political process, in that it withdraws control over the elections and political terms from the people, refusing protection and concretion of the fundamental right of participation, backbone of the democratic state governed by the rule of law. It also seeks to identify activation mechanisms of public pools as measurement methods of the popular will, which cannot be replaced by what is read in the printed review. To achieve its objectives a slight explanation of the Brazilian electoral judicial bodies was made, identifying the control actions of the elections that can only be filed by for legitimates (candidate, political party, party

coalitions and prosecutors office), and a justification of the application discourse for the minimal participation and excess jurisdiction (activism versus minimalism) was presented as well.

## Key words

Legitimacy; People; Democracy.

## 1. Introdução

O controle sobre o resultado das eleições no Brasil – o julgamento das ações de impugnações das eleições – é feito por órgãos especializados da Justiça Eleitoral, conforme determina a Constituição brasileira no artigo 118<sup>1</sup>, mediante sistema originário da Inglaterra, que o criou por volta de 1868, com o *Election Petitions and Corrupt Practices at Elections Act*, embora lá, atualmente, a competência seja de órgão da jurisdição ordinária (VIANA, 2008, p. 38).

O modelo brasileiro é também diferente do modelo português, cujo sistema é o de jurisdição constitucional, em que a atuação se dá por provocação da Corte Constitucional, nos termos do art. 223, 2, alínea h, da Constituição daquele País.

É curioso verificar que esses órgãos especializados do judiciário brasileiro detêm competências administrativas, jurisdicionais e legislativas, em verdadeira desordem institucional, mas não são aptos a julgarem demandas ofertadas pelo povo.

Para se ter exemplo ligeiro desse hibridismo, que gera volume descomunal de funções, no artigo 22 da Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965, o Código Eleitoral brasileiro, constam as competências do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que vão desde o processamento e julgamento do registro de partidos e de candidatos à eleição presidencial, passando por decisão dos conflitos entre tribunais regionais e suspeição de seus membros, seguido pelo crimes eleitorais e comuns praticados por seus juízes e membros dos Tribunais Regionais Eleitorais, continuando nas reclamações relativas à contabilidade dos partidos e a apuração da origem de seus recursos, nas impugnações à apuração da eleição presidencial, nos pedidos de desaforamento de feitos, desaguardando nas reclamações contra seus próprios juízes, ações rescisórias de seus julgados e recursos contra as decisões dos tribunais regionais (LÔBO, 2010, p. 64).

O TSE também tem a atribuição de elaborar seu regimento interno, organizar suas secretarias, gerir pessoal, propor criação dos tribunais regionais, fixar as datas das eleições

1 Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral: I - o Tribunal Superior Eleitoral; II - os Tribunais Regionais Eleitorais; III - os Juízes Eleitorais; IV - as Juntas Eleitorais.

presidenciais, de senadores e de deputados federais (embora matéria já disciplinada em lei<sup>2</sup>), aprovar divisão do Estado em zonas eleitorais, expedir instruções normativas, fixar diárias, organizar o envio da lista tríplice ao Presidente da República para a escolha e a nomeação de seus membros, responder a consultas eleitorais feitas por autoridades e partidos, autorizar a contagem de votos, requisitar força federal para acompanhar os pleitos, organizar e divulgar súmulas, requisitar funcionários e publicar de boletim eleitoral, tudo conforme o artigo 23 do Código Eleitoral (LÔBO, 2010, p. 65).

Não bastasse, configurando a esse órgão de cúpula judicial a feição de legislador, está a competência para responder consultas. Essa competência elastece a jurisdição para além do devido processo legal, permitindo a interpretação de teses desligadas de casos concretos, o que acaba por impor força sancionatória a pareceres. Associada à anterior, outra competência preocupante é a que prevê a expedição de instruções normativas e a adoção de quaisquer providências para a execução da legislação eleitoral. Com tal grau de indefinição sobre o significado da expressão “quaisquer providências”, a permissão para tais práticas tem gerado excesso violador do ordenamento que se quer regular, com a figura anômala do Tribunal que legisla (LÔBO, 2010, p. 66).

Há, também, focando o interesse estadual, os tribunais regionais sediados nas capitais dos estados federados, com competências similares às do Tribunal Superior Eleitoral, adicionadas àquelas de “designação das juntas eleitorais, a indicação, ao TSE, das zonas eleitorais ou seções em que a contagem deve ser feita pela mesa receptora, a apuração das eleições de governador/vice e membros do Congresso Nacional, a divisão da circunscrição em zonas eleitorais, a organização do fichário de eleitores, a expedição de mapas e boletins de apuração”. (LÔBO, 2010, p. 66).

Sobre os juízes eleitorais, base dessa justiça especializada, a despeito de o Código Eleitoral lhes atribuir competências tão grandes quanto aos tribunais regionais, eles não ocupam cargos da carreira própria, eis que são tomados de empréstimo de outros órgãos judiciais<sup>3</sup>. O mesmo que se dá com os juízes regionais e os ministros do TSE - merecendo registro que nesses tribunais, juntamente com os juízes tomados de empréstimo de outros tribunais, há dois membros em cada, nomeados pelo Presidente da República, escolhidos dentre seis cidadãos de notável saber jurídico.

Além desses órgãos eleitorais, tem-se, na cúpula, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, além de Corte Constitucional, detém competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância eleitoral, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição da República (art. 102, III, “a”).

2 No artigo 1º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, as eleições “dar-se-ão, em todo o País, no primeiro domingo de outubro do ano respectivo”.

3 Como se tem dos artigos 32, 25, inciso I, II e III e 16, inciso I, todos do Código Eleitoral.

A despeito dessa profusão de normas infraconstitucionais, oriundas do regime ditatorial anterior e postas no atrasado Código Eleitoral de 1965, não há na atual Constituição brasileira qualquer previsão sobre atribuições do judiciário eleitoral.

Esse registro não passa despercebido para Marcelo Roseno de Oliveira:

Vê-se, portanto, que as regras hoje vigentes acerca da competência da Justiça Eleitoral foram fixadas sob a égide da ordem constitucional decaída, e embora haja o TSE proclamado a ausência de incompatibilidade substancial entre elas e a Constituição Federal, verifica-se inegável conflito entre algumas das disposições do Código Eleitoral e a Lei Maior. (OLIVEIRA, 2010, p. 94).

Resta evidente, portanto, que o sistema judicial eleitoral brasileiro revela um acúmulo de funções que só reforça a hipertrofia da atividade judicial de controle das eleições, embora não previstas expressamente no texto constitucional. Por outro lado, em contradição surpreendente, o povo<sup>4</sup> é excluído da ativação desse controle porque a legislação brasileira não o arrola dentre os legitimados ao processo eleitoral, eis que só admite o manejo das ações típicas por partidos, coligações (espécie de coalizão formada com a aglutinação de vários partidos e com durabilidade limitada às eleições<sup>5</sup>), o Ministério Público ou candidatos.

Nesse aspecto, da (não) inclusão do povo no controle das eleições, vê-se diferença significativa com o modelo português, que a admite, ao menos por interpretação lógica do artigo 52º, item 1, da Constituição da República Portuguesa: “Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral [...]”.

4 Canotilho, ao conceber o povo como titular do poder constituinte, destaca a dificuldade de conceituação e grandeza de sentidos que tangenciam a mencionada expressão. Com apoio em Friedrich Müller, afirma que povo “[...] não é um conceito unívoco, mas plurívoco”. Na sequência, remete-se a Peter Häberle para assimilar povo como uma “*grandeza pluralística*”, composta por inúmeros fatores de força cultural, social e política. Lado outro, adverte que nas democracias atuais o conceito de povo não corresponde a “*bloco de cidadão activos*”, “*cidadãos proprietários*”, tampouco “*classe do proletariado*”, conforme pretendiam os jacobinos, os liberais ou os revolucionários destinados à configuração de sociedade classista, respectivamente. Assim, declara que “*O povo concebe-se como povo em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representação de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua elou cultura comum*”. (CANOTILHO, 2003. p. 75).

5 Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário (BRASIL. Lei nº 9.504, 1997).

Comentando esse dispositivo constitucional português, J.J. Canotilho e Vital Moreira explicam seu sentido naquele País:

[...] A Constituição configura o direito de petição, lato sensu (nº 1) como direito político, como instrumento de participação dos cidadãos na vida política (v. nota I ao art. 48º). Admite que a petição se dirija quer à defesa de direitos pessoais (reclamações e queixas), quer à defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral (petições stricto sensu e representações). A caracterização do direito de petição como um direito de participação política, e não como um direito pessoal, justifica que ele possa ser exercido independentemente da existência de qualquer gravame pessoal ou lesão de interesses próprios, ou seja, em defesa de legalidade constitucional ou do interesse geral (cf. L nº 83/95, direito de participação procedimental e da acção popular). No entanto, além de um direito de participação política em si mesmo, o direito de petição é também tal como o direito de acção judicial (art. 20º), uma garantia em sentido próprio, de natureza extrajudicial, para defesa de todos os direitos e interesses legalmente protegidos, a começar pelos demais direitos, liberdades e garantias. (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 693).

Aliás, o direito de petição se estende a todos os países membros da União Europeia, como se tem do artigo 44º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conforme esclarece Maria Luisa Duarte, ao comentá-lo (DUARTE, 2013, p. 514).

Vale dizer que a Constituição brasileira também prevê o direito de petição como fundamental, assentando-o no artigo 5º, inciso XXXIV, mas o Tribunal Superior Eleitoral o interpreta diferente, negando-lhe validade diuturnamente, como se tem no julgamento do Agravo Regimental na Representação nº 1251, relatado pelo Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, precedente representativo da consolidação do tema na jurisprudência eleitoral:

Possuem legitimidade para o ajuizamento de representação visando a abertura de investigação judicial eleitoral apenas os entes arrolados no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, entre os quais não figura o mero eleitor, conforme a reiterada jurisprudência do TSE.

O direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição, embora sendo matriz do direito de ação, com o qual não se confunde, encontrando este última regulação específica na legislação infraconstitucional, daí decorrendo não poder ser exercido de forma incondicionada. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2006)

Curioso é que desde a promulgação da Constituição de 1988, com a redação do parágrafo único do artigo primeiro, se tem claro o referente lógico para o desempenho das funções estatais: os órgãos e agentes detém atribuições e funções, não mais poder, eis

que este é de titularidade do povo, que o desempenha de forma satisfatória no modelo participativo de Estado, podendo delega-lo, elegendo representantes. A legitimidade da atuação estatal, por quaisquer de seus órgãos, portanto, só se dá com a participação efetiva dos populares.

Da mesma forma, e ainda mais premente, no exercício da função judicial, órgãos e agentes a deveriam realizar por meio do processo, garantia constitucional de ampla argumentação, que é ativada pelo direito humano fundamental de acesso à jurisdição – direito de ação – instituída no inciso XXXV do art. 5º da Constituição brasileira.

O processo, não mais instrumento de agentes estatais, se estrutura nos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, este último entendido como estrutura lógico-procedimental preexistente na norma de regência, que se completa com a livre atuação dos interessados, sem redução de seu poder de participação (GONÇALVES, 1992).

Com isso, observa-se que, no paradigma da democracia participativa, diferente da ordem constitucional brasileira pretérita, o que confere legitimidade ao desempenho da função judicial é a ampla participação daquele do povo por meio do devido processo legal, no qual se assegure desenvolvimento dialogal do discurso de construção, desconstrução ou revisão do direito.

Na mesma linha, o desempenho do *munus* político de representação dos grupos sociais para formação da vontade da maioria, por meio das normas e atos produzidos, só é legítimo se houver atuação dos interessados desde os primórdios do processo político de escolha, assando pelo controle desse mesmo processo, culminando na interação entre representantes e representados para busca da pauta comum de interesses, finalizando no controle das ações políticas dos mandatários, para cotejá-las com o precitado rol de interesses.

## **2. A Mitigação da Participação e a Violação da Teoria da Democracia**

Conclui-se, até por intuição, que o grau de participação do povo nos processos judicial e político dá o tom de legitimidade do sistema e revela a aplicabilidade da teoria da democracia e do respeito aos direitos humanos, não havendo justificativa para a exclusão verificada no excerto revelador da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, explorado neste trabalho.

A correlação entre norma e aplicação prática, entretanto, não privilegia tais mandamentos no Brasil, justificando o tema debatido, que provoca o pensar sobre jurisdição e poder, democracia e legitimidade, povo e representação.

A aplicação da teoria procedimental constitucionalizada, asseguradora da ampla discursividade entre os interessados, particularmente no controle judicial das eleições, vem

sendo mitigada há bastante tempo, mesmo com críticas veementes (LÔBO, 2010, p. 120). Ao afastar o sujeito popular da esfera de controle do resultado das eleições, os tribunais eleitorais e os legisladores impõem importante *deficit* de legitimidade na constituição dos mandatos eletivos, menoscabando um dos direitos humanos mais importantes.

Dessa forma, o modelo de processo judicial ou político na esfera eleitoral não se enquadra no paradigma de Estado Democrático de Direito, desrespeitando a soberania popular por vários ângulos de exame, agredindo em cheio os direitos fundamentais do povo de participação na vida política nacional em todas as latitudes, assim como de controlar os mandatos por ele conferidos aos representantes (LÔBO, 2010, p. 128). É, nesse diapasão, clara e insofismável a violação da teoria constitucional da democracia.

É bem verdade que encontra-se explicação política para a escolha feita pelo legislador infraconstitucional pátrio, que mira o passado, no modelo de Estado Social, mas, o reforço desse entendimento pelos Tribunais Eleitorais, e em especial pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, revela o desprestígio do paradigma da democracia participativa exatamente pelos órgãos técnicos que têm por missão protegê-lo.

Por outro lado, essa posição ideológica das Cortes de Justiça brasileiras traz à lume concepção paternalista e de tutela do povo, extraída do paradigma de Estado Social, como se o povo não fosse capaz de efetuar escolhas políticas e jurídicas, enfim, de se conduzir de forma livre e autônoma.

Basta ver a explicação doutrinária para tal excesso, com base em “virtudes cívicas”, pretendidas a todo custo pelo regime de horror vivido no Brasil em meados da década de 1960 até meados dos anos 1980:

Na sociedade brasileira, um caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente, a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária, em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade. Neste sentido, o direito não é “substitutivo” da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente. Décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social, desestimularam a participação, valorizando o individualismo selvagem, refratário à cidadania e à idéia de bem comum. A intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada diretamente ou indiretamente ao Judiciário, como no caso das ações públicas e dos Juizados Especiais, em vez de manterem os indivíduos à parte da república, pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas. (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 150).

Essa ausência de maioria conduz, inevitavelmente, ao alheamento e à alienação, fechando ciclo vicioso: o povo não tem autonomia porque é tutelado e é tutelado porque não tem autonomia.

Piora o quadro, que passa a ser pintado com cores sombrias, quando se observa invasão sistemática e acelerada desse espaço de debate popular por órgãos estatais, em particular pelo Judiciário nacional, representado por alguns agentes dos tribunais de cúpula, que ganham ares de super-heróis, verdadeiros protagonistas de romances de capa e espada<sup>6</sup>.

Localiza-se, nesse ponto, o fenômeno do ativismo judicial em sede de direitos políticos, ideologia que, desnudada, apresenta retrocesso e salto para trás na democracia participativa e no Estado Constitucional de direitos, gerando importante decréscimo de legitimidade no controle de mandatos, reduzindo o espaço de atuação do povo na esfera pública.

Outro aspecto a se observar, quanto a esse fenômeno, que acaba por avantajando a função do agente estatal e minimizar o discurso, é defendido em nome da opinião e do clamor públicos<sup>7</sup>, sem que se demonstre por quais métodos científicos de aferição da vontade popular se chegou a tal conclusão. Embora se diga às manchetes sobre “voz das ruas”, não se cuida de ouvi-la por meio dos mecanismos constitucionais da democracia participativa, como as consultas públicas.

O argumento simplista, subserviente aos grupos econômicos de mídia e de costas para o povo, consiste na aferição da reação social por meio das “fortes cores pela crítica impressa de todo o país”<sup>8</sup>. Sequer são cogitadas pesquisas de opinião pública, “levantamento estatístico realizado com base em uma amostra proveniente da população que está sendo investigada” (OLIVEIRA; ROMÃO; GADELHA, 2012, p. 24).

Nem se diga da oitiva direta do povo exercitando direitos políticos constitucionais ofertados, a se ver que, ao longo de sua história recente, o Brasil realizou apenas três grandes consultas populares nacionais: referendo pelo sistema de governo em 1963, plebiscito pela forma de Estado e de governo em 1993 e referendo sobre desarmamento em 2005<sup>9</sup>.

6 O Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Brasileiro, julgando a Ação Declaratória de Constitucional nº 29, manejada para questionar a validade da Lei Eleitoral nº 135/2010, apelidada de Ficha Limpa, acórdão publicado no Diário do Judiciário eletrônico de 29.06.2012, reconheceu que “São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país”. Disse que a prova disso é “o fenômeno da judicialização da política” concluindo que o ativismo judicial é produto da crise, logo, parte do problema. Mas, a seu ver, revelaria “reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil”/

7 O mesmo Ministro, no mesmo acórdão referida na nota anterior, registrou que o papel do Supremo Tribunal Federal, e do Judiciário, é o 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”.

8 Idem, ibidem.

9 Conforme consultado no seguinte endereço :<<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>>. Acesso em 31 mar. de 2015.

Néviton Guedes explica que mecanismos da democracia direta ou semi-direta quase que desapareceram nos Estados contemporâneos, por causa da “acentuada complexidade nas expectativas e valores sociais, a multiplicidade e especificidades dos problemas a resolver, os riscos aí envolvidos, assim como a exigência de crescentes e específicos conhecimentos técnicos para sua solução” (GUEDES, 2013, p. 674).

Para esse autor, apanhando ensinamentos de Canotilho, também teria contribuído para tal realidade, “o medo de que a vontade popular pudesse ser manipulada, seja por líderes carismáticos, na forma de alguma espécie de Cesarismo ou Bonapartismo (veja-se o exemplo de Hitler e do Partido Nacional-Socialista – NSDAP), seja pela possibilidade de os meios de comunicação atuarem, nas sociedades de massa, como agenda-setter, isto é, agendarem os temas que acabam ganhando a atenção e a preferência popular” (GUEDES, 2013, p. 674).

Ocorre que, mesmo sem uso de tais instrumentos, os meios de comunicação no Brasil já pautam os temas de seu interesse, indicando ao povo sobre o que pensar e agir, insuflando manifestações públicas apoiadas em verdades reveladas. Isso significa que a realidade brasileira, de desuso das consultas públicas, como já se disse, não corrobora a explicação dada, embora também sofra a manipulação anotada.

De todo modo, no Brasil, a regulação do assunto está na Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, cujo art. 2º preconiza que “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que se delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa”.

Nos parágrafos 1º e 2º desse mesmo artigo tem-se a conceituação de ambos os tipos: “O Plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido” e “O referendo é convocado com posteridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”.

A competência para convocar tais consultas é do Parlamento Federal, por um terço dos membros de quaisquer das Casas, Câmara dos Deputados ou Senado, e se fará mediante decreto legislativo (artigo 3º). Se aprovada a convocação, caberá ao Presidente do Congresso nacional dar ciência à Justiça Eleitoral, que deverá: a) fixar a data da consulta; b) tornar pública a cédula respectiva ou a disposição na urna eletrônica; c) expedir instruções para a realização da consulta; d) assegurar propaganda gratuita no rádio e na televisão aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas em torno da matéria sob consulta, para que divulguem e defendam suas opiniões (artigo 8º, incisos I a IV).

Mais uma vez, se vê a importância da Justiça eleitoral brasileira nesse processo porque, nos termos do artigo 10 da lei em comento, o plebiscito ou referendo será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, “de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral”.

A propósito, com a utilização da tecnologia na coleta do voto pela urna eletrônica, a extensão territorial, assim como a complexidade de se convocar grandes contingentes populacionais, não são mais problemas administrativos que justifiquem o desuso das consultas populares.

### 3. O Diálogo Aberto Garantidor dos Direitos Políticos

Tal como disse Jónatas Machado (2013), Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, se referindo à liberdade de manifestação, “A esfera de discurso público e inerente a uma ordem constitucional republicana, livre e democrática baseia-se no reconhecimento da centralidade da discussão pública de todas questões de interesse público, de forma robusta, aberta e desinibida, a partir de diferentes pontos de vista e com base na livre troca de ideias e opiniões, sem qualquer tipo ou forma de censura”.

Essa proposta de diálogo aberto acaba por impactar de modo indelével a vida do povo, versando críticas que permitam afirmação, reconstrução ou demolição de modelos, servindo bem à teoria da democracia participativa que exige proteção à soberania popular em todas as esferas de atuação estatal, particularmente na política e na judicial.

Como bem anotou o Professor Jónatas Machado (2013), permitindo com suas palavras justificar ainda mais claramente a pertinência do tema em foco, “a tutela da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade constituem elementos estruturantes do Estado Constitucional [...] traves mestras de uma sociedade livre, pluralista e democrática, assentes num princípio de dignidade e autonomia”.

Atende à ideia de pluralismo e legitimidade permitir o controle dos pleitos pelo povo por meio do princípio do discurso no contexto do Estado Democrático de Direito, maximizando a efetividade dos direitos constitucionais de participação, assim como buscando sua vontade diretamente, sem subterfúgios linguísticos, utilizando as consultas públicas como as verdadeiras pesquisas de opinião, que resultarão reverberar a autêntica “voz das ruas”.

Ao contrário, se afastando da legitimidade que deveria perseguir, não há legitimidade na decisão judicial ou política que se alheia ao paradigma constitucional adotado. Menos ainda quando se pretende identificar a vontade do povo, o clamor público, nas fortes cores da crítica impressa de todo o país, muito embora não lance mão das consultas públicas como legítimo método de controle e legitimação da ação estatal.

A literatura especializada eleitoral é repetitiva em asseverar que a legitimidade para controle judicial dos pleitos advém de *lege lata* e não do paradigma constitucional, utilizando vagos critérios de utilidade para explicar a recusa da participação do povo no exercício desse importante direito fundamental (LÔBO, 2010, p. 117).

Isso, ao lado da ideologia dominante nos órgãos judiciais brasileiros, justificando o ativismo redutor da participação popular pelo processo, bem como a rejeição a teorias aplicáveis ao processo judicial eleitoral, retira deste a principiologia estruturante de audição bilateral, dialética, viabilizadora da paridade de armas, enfim, torna-o incapaz de possibilitar igualdade perante a jurisdição.

Peter Haberle, afirmando a teoria da democracia como legitimação do poder, inclusive judicial, acentua:

[...] a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa Sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo político e pluralista da política e da práxis cotidianas, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (Grundrechtsverwirklichung), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. [...]

Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. (HABERLE, 2002, p. 36-37)

A par desse raciocínio, a autonomia da vontade popular deve superar a concepção vigente no Brasil, de privilégio ao sistema de representação política e menoscabo dos titulares do poder que a confere.

O protagonismo político conferido aos representantes pátrios – sejam os eleitos, do Parlamento e do Executivo, sejam os nomeados, do Judiciário – como se tem nas páginas dos principais jornais e revistas do Brasil nos últimos tempos, longe de demonstrar a efetiva participação popular, aponta o distanciamento e a ignorância das reais pretensões de tais agentes, aumentando a desconfiança nos seus propósitos<sup>10</sup>.

10 Como na natureza, o poder abomina o vácuo. Na política, quando alguém fica fraco, outro se fortalece. É o que ocorre agora em Brasília. Dilma Rousseff ainda não completou três meses de governo e os sinais de fadiga de material emanados do Palácio do Planalto são tão evidentes que se poderia dizer que ela está em fim de segundo mandato. Dilma não pode aparecer em público sem que desperte um coro de vaias. Suas entrevistas coletivas ou pronunciamentos à nação pela televisão são a senha para que as pessoas abafem suas palavras com panelaços. [...] O caso de Dilma está ajudando a elevar no horizonte político a figura de Eduardo Cunha, o deputado federal pelo PMDB do Rio de Janeiro que, contra a vontade do Executivo, foi posto pelos seus pares na presidência da Câmara. Cunha é o personagem de uma reportagem especial desta edição de VEJA dedicada a explicar o novo arranjo de forças em Brasília depois das manifestações populares do domingo 15 de março. O governo ficou perplexo e sem ação com

Norberto Bobbio, na década de 80, se referindo à Itália, quando ainda não se pensava na virada político democrática no Brasil, afirmava em discurso bastante atual que a democracia, “governo do poder visível”, deve ter seus atos desenvolvidos em público, “sob o controle da opinião pública” (BOBBIO, 1999, p. 208).

Para se contrapor às autocracias, em que a atuação dos agentes estatais é segredada, o chamado “criptogoverno”. Ao contrário do “criptogoverno”, de opacidade endógena, a democracia é translúcida para que todos os atos dos representantes sejam convalidados ou desfeitos pelos seus destinatários – sujeitos populares –, os únicos a deterem soberania capaz de conferir legitimidade ao sistema político e judicial.

#### 4. Conclusões

Resta bem explicitada a interdependência entre direitos políticos e democracia, ou seja, “um regime de organização do poder político em que prevalece o domínio do povo” (GUEDES, 2013, p. 658).

Nos regimes democráticos contemporâneos, o povo, protagonista da democracia, é o destinatário do desempenho das funções estatais de legislar, administrar e julgar, as mesmas que só detém legitimidade se contarem com a sua participação.

Essa simbiose entre poder, participação e democracia, apresenta a pedra fundamental do sistema político brasileiro, que conta com as consultas públicas para aferição do “clamor popular”.

Entretanto, a recusa sistemática em lançar mão de tais consultas e de permitir a participação do povo nas ações eleitorais viola a teoria da democracia, jogando por terra o pilar da organização social, violando direitos humanos essenciais.

Noutro aspecto, apresenta discurso de aplicação de paradigma havido sob ordem jurídica pretérita, violando o atual referente constitucional, exigindo reparação na

---

a inesperada magnitude dos protestos, em especial em São Paulo, onde mais de 1 milhão de pessoas formaram um mar verde-amarelo na Avenida Paulista. O grito das ruas não pode ser desmembrado das crises na economia e na política com as quais a presidente já estava tendo que lidar. Em horas como essa, os chefes do Executivo buscam apoio em seus aliados no Congresso. Em horas como essa, o que tem ocorrido no Brasil desde a redemocratização, há trinta anos, é o presidente da Câmara servir como uma das tábuas de salvação do presidente. Não é o caso agora. Cunha decidiu encarnar a independência dos poderes interpretando ao pé da letra a Constituição. [...] Por qualquer ângulo que se examine o quadro político, o que se nota é uma presidente acuada pela impopularidade, pela falta de apoio de seu próprio partido, o PT, e pela súbita tomada de posição do Parlamento, algo que fazia muito não se via no Brasil. Este momento único pode degenerar em uma briga de personalidades – Dilma versus Cunha -, o que seria ruinoso. Mas pode também ser o momento de reequilíbrio da correlação de forças na democracia brasileira, há tempos marcada por um Executivo de graus acima do Legislativo e do Judiciário (REVISTA VEJA, São Paulo: Abril, ed. 2418, ano 48, n. 12, p. 12, 25 mar. 2015).

interpretação da legitimação para agir nas ações eleitorais, bem como, marcando a omissão constitucional dos órgãos públicos ao não adotarem o referendo e o plebiscito como modernos mecanismos constitucionais de aferição da vontade popular para grandes temas de interesse nacional.

Atualmente, em tempos de mais uma reforma política brasileira, ao invés de servir como fator de tensão entre Executivo, Legislativo e Judiciário, os grandes temas que a permeiam deveriam ser lançados para a decisão do povo por meio de consultas públicas.

Destacam-se, a seguir, várias indagações a serem direcionadas aos sujeitos populares para sua resposta, ao invés de serem mantidas sob o controle do Presidente da Câmara dos Deputados, que, como se lê na mídia impressa, trava verdadeira batalha com o Executivo, certamente mirando as próximas eleições presidenciais, cuidando, antes de tudo, de seus próprios interesses pessoais e políticos<sup>11</sup>.

Eis algumas questões:

- financiamento público ou privado de campanhas eleitorais?
- fim da reeleição no Executivo e no Legislativo?
- unificação das eleições nacionais, estaduais e municipais?
- eleição majoritária para Deputados ou voto distrital misto?
- fim das coligações proporcionais?
- cláusula de desempenho para manutenção de partidos políticos?
- redução da maioria penal?

Certamente que haverá interesse do povo em respondê-las, mas também por isso uma última pergunta que fica no ar: os agentes políticos pagarão para ver a democracia se realizar sem sua tutela?

## 5. Referências

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

11 Pauta extraída do portal da Câmara dos Deputados, acessível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pec-182-07-reforma-politica>>. Acesso em 03 de abr. 2015.

- \_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia Uma Defesa das Regras do Jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 31 mar. 2015.
- BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 1º de outubro de 1997. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 15 de maio. 2015.
- BRASIL. Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 19 de novembro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm)>. Acesso em: 31 de mar. De 2015.
- BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 19 de julho de 1965, retificado em 30 de julho de 1965. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm) >. Acesso em: 31 de mar. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29. Plenário, Relator: Ministro Luiz Fux. Data da publicação 29.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 31 mar. 2015.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental na Representação nº 1251, originária de Fortaleza/Ceará. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. DJ, 18 de dez. de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de dez. de 2006, p. 67. Disponível em <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=1251&processoClasse=RP&decisaoData=20061130&decisaoNumero=&protocolo=232212006&noCache=0.931019912706688>>. Acesso em: 27 maio 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. PEC 182/07 - Reforma Política. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pec-182-07-reforma-politica>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, p. 75, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, Portugal: Coimbra, 2007, v. 1.
- CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- COSTA, Fabrício Veiga. Mérito **Processual. A formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma Teoria do Discurso Constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.
- DUARTE, Maria Luisa. Comentário ao art. 44º Direito de Petição. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coord.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 514-518.
- FERRAJOLI, Luigi. **Poteri selvaggi**. Bari: Laterza, 2011
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales Apuntes de Historia de Las Constituciones**. Madri: Trotta, 2009.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRETA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- GUEDES, Néviton. Natureza jurídica do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 657-674, 2013.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, p. 36-37, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

- LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MACHADO, Jónatas. Prefácio. In: SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura: no sistema luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.
- OLIVEIRA, Adriano; ROMÃO, Maurício Costa; GADELHA, Carlos. **Eleições e Pesquisas Eleitorais Desvendando a Caixa-Preta**. Curitiba: Juruá, p. 24, 2012.
- OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, p. 94, 2010.
- RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, ed. 2418, ano 48, n. 12, p. 12, 25 de mar. de 2015
- RIDOLA, Paolo. **Democrazia rappresentativa e parlamentarismo**. Torino: G. Giappichelli, 2011.
- ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas. O problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidade democrática**. 1. ed. Ediciones Madrid: Paidós Ibérica, 2010.
- ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. De Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições. **Plebiscitos e Referendos**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>>. Acesso em: 31 mar. 2015.
- VIANA, Rodolfo Pereira. **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 38, 2008.
- VIANNA, Luiz Wenwck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

# O DESAFIO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA

---

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-graduação da FDU-FMG. Coordenadora do PROGRAMA RECAJ UFMG - ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos. Pesquisadora CNPQ em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos. Coordenadora do Projeto Estruturante do Programa de Pós-Graduação da FDUFG: GOVERNANÇA PÚBLICA, ACESSO À JUSTIÇA, EFETIVIDADE, CONSENSUALIDADE E DIMENSÃO PROCESSUAL DOS DIREITOS HUMANOS. Juíza Titular da 47ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Professora da ENAMAT - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - do TST - Tribunal Superior do Trabalho em Cursos de Formação Inicial e de Formadores - Disciplina: TEORIA GERAL DO JUÍZO CONCILIATÓRIO TRABALHISTA (desde 2007). Mestre (1999) e Doutora (2006) em Direito pela FDUFG - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Compõe o corpo editorial da Revista Complejus do TRT da 21ª Região. É integrante do Núcleo Permanente de Conciliação do TRT da 3ª Região. É membro integrante da Comissão de Comunicação do TRT da 3ª Região. É formadora em conciliação judicial, instrução judicial e gestão e planejamento estratégico de Vara do Trabalho pela ENAMAT TST. Temas Principais: Acesso à Justiça, Formas de Solução de Conflitos e Efetividade do Direito e da Jurisdição.

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Graduado, Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais UFMG. Professor de Teoria Geral do Estado e Ciência Política, Direito Constitucional, Sociologia Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica da Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Presidente da FEPODI - Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito para o biênio 2013-2015. Representante discente na Diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI. Pesquisador Associado ao Programa RECAJ-UFMG Acesso à Justiça e Solução de Conflitos.

## Resumo

A partir do desafio da efetivação dos direitos humanos na contemporaneidade, o trabalho que ora se apresenta consiste na análise da Justiça Restaurativa como metodologia

capaz de promover o acesso à justiça, tanto na aceção de acesso ao Poder Judiciário, como na de acesso a uma ordem jurídica justa. O contexto que sustenta a investigação é o chamado sistema dos tribunais multiportas que se desenha no Judiciário Brasileiro após a Resolução de nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Procurou-se detectar como o movimento internacional restaurativo influenciou nossa sociedade e como a tendência de adoção das práticas restaurativas pode gerar um salto significativo na qualidade na resolução dos conflitos. Buscou-se ainda verificar a compatibilidade dos princípios de Justiça Restaurativa com o ordenamento jurídico nacional, de modo que fossem demonstradas as condições de desenvolvimento do novo paradigma. Demonstrou-se que a Justiça Restaurativa potencialmente pode trazer respostas mais abrangentes em espaços certos e especiais para determinados tipos de conflitos. A pesquisa pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica, o tipo de investigação é o jurídico-projetivo e pesquisa teórica a técnica selecionada.

## Palavras-chave

Acesso à Justiça; Justiça Restaurativa; Direitos Humanos.

## Resumen

Desde el desafío de la realización de los derechos humanos en la contemporaneidad, el trabajo que aquí se presenta es el análisis de la Justicia Restaurativa como una metodología que promueve el acceso a la justicia, tanto en respecto al acceso a los tribunales, como en el acceso al sistema legal justo. El contexto que apoya la investigación se llama sistema multipuertas de los tribunales que se extrae en el Poder Judicial de Brasil después de la Resolución nº 125 del Consejo Nacional de Justicia. Tratamos de detectar que el movimiento internacional de restauración influyó en nuestra sociedad y cómo la tendencia de adopción de prácticas restaurativas puede generar un salto importante en la calidad en la resolución de conflictos. También ha tratado de verificar la compatibilidad de los principios de la justicia restaurativa con la legislación nacional, para que se les mostró las condiciones de desarrollo del nuevo paradigma. Se demostró que la justicia restaurativa puede traer potencialmente respuestas más integrales y en algunos espacios especiales para determinados tipos de conflictos. La investigación pertenece a los aspectos metodológicos jurídicos-sociológicos, el tipo de investigación es el jurídico-proyectivo y la investigación teórica es la técnica seleccionada.

## Palabras clave

Acesso a la justicia; Justicia Restaurativa; Derechos Humanos.

## 1. Introdução

A busca pela efetividade dos direitos humanos não é problema novo para a Ciência Jurídica. Já dizia Norberto Bobbio (2004, p. 25), em um capítulo do clássico *A era dos Direitos*, que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. Tal proteção, todavia, está intimamente ligada a ideia de acesso à justiça, de presença obrigatória nos sistemas de justiça que pretendem subsistir na história.

De modo a tentar garantir os direitos mais elementares, várias cartas de direitos humanos consagraram o acesso a um tribunal como objetivos a serem cumpridos pelo Estado. A Organização das Nações Unidas (1948) estabeleceu, no décimo artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial”. Por seu turno, a Declaração de Viena de 1993 da mesma entidade veio dispor que o Estado deverá dispor de um quadro efetivo de soluções para reparar injustiças ou violações dos direitos humanos (ONU, 1993)<sup>1</sup>.

Com novas características após o advento da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário abre suas várias portas no intuito de incluir o cidadão comum no sistema oficial de resolução de conflitos. Contudo, é característico do atual momento histórico o fenômeno da explosão da litigiosidade judicial. Segundo a pesquisa Justiça em Números 2014, com dados referentes ao ano de 2013, a mais recente pesquisa publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, foi destacado que tramitaram 95,14 milhões de processos judiciais. Dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%) (BRASIL, 2014).

Uma das consequências da pouca utilização dos meios complementares e extrajudiciais de solução de conflitos pelos brasileiros é o elevado preço pago pela sociedade por sua litigiosidade. Nos últimos anos o custo da Justiça atingiu cifras impressionantes. Ainda segundo o CNJ, o custo total do Judiciário brasileiro alcançou o montante de R\$ 61,6 bilhões, com crescimento de 8,9% em relação ao último triênio (2011-2013). Deste total,

---

1 Consta ainda do artigo 27 da Declaração de Viena: “A administração da justiça, incluindo departamentos policiais e de promoção penal e, nomeadamente, a independência do poder judicial e um estatuto das profissões forenses em total conformidade com as normas aplicáveis contidas em instrumentos internacionais de direitos humanos, são essenciais para a concretização plena e não discriminatória dos direitos do homem e indispensáveis aos processos democrático e de desenvolvimento sustentado. Neste contexto, deverão ser criadas instituições que se dediquem à administração da justiça, devendo a comunidade internacional providenciar por um maior apoio técnico e financeiro. Compete às Nações Unidas utilizar, com carácter prioritário, programas especiais de serviços de consultoria com vista à obtenção de uma administração da justiça forte e independente”.

aproximadamente 89,8% são referentes a gastos com recursos humanos, num total de R\$ 55,30 bilhões. Portanto, cada brasileiro gasta, com a Justiça, R\$ 306,35 por habitante (BRASIL, 2014).

Na seara criminal, a realidade é alarmante. De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça inclusos no documento “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”, em junho do ano passado haviam 715.592 presos no país, dos quais 148.000 em prisão domiciliar, com um déficit de vagas em 358.219. Existiam 373.991 mandados de prisão a serem cumpridos, o que potencialmente levaria o Brasil a possuir uma população carcerária superior a um milhão de pessoas. Em números totais, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do planeta, perdendo apenas para os Estados Unidos (2,2 mi) e China (1,7 mi) (BRASIL, 2014b).

Em levantamento realizado a pedido da BBC Brasil pelo especialista Roy Wamsley, diretor do *World Prison Brief*, nas últimas duas décadas o ritmo de crescimento da população carcerária brasileira só foi superado pelo do Cambodja (cujo número de presos passou de 1.981 em 1994 para 15.404 em 2011, um aumento de 678% em 17 anos) e está em nível ligeiramente inferior ao de El Salvador (de 5.348 presos em 1992 para 25.949 em 2011, um aumento de 385% em 19 anos) (NÚMERO..., 2012).

Nem com todo o encarceramento praticado e a lógica segregacional aplicada, a violência dá sinais que esteja sob controle, sequer em decréscimo. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em reportagem do Portal G1, de cada 100 assassinatos no mundo, 13 são no Brasil. Sendo assim, o Brasil é o país com o maior número de homicídios no mundo. Pelo relatório da OMS de 2012, o total de homicídios no mundo chegou a 475 mil. O governo brasileiro informou 47 mil homicídios em 2012, mas a OMS estima que o número real tenha sido muito superior: mais de 64 mil homicídios. Em números proporcionais, o país surge como o 11º país mais perigoso do mundo (BRASIL..., 2014c).

Para enfrentar a realidade ora mostrada, é imprescindível que as formas consensuais e complementares para solução e resolução de conflitos assumam novo e efetivo papel de modo a viabilizar o acesso à justiça, tanto formal, mas e especialmente, material. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa apresenta-se como um método que tem a qualidade de poder ser aplicado, a princípio, tanto dentro da estrutura do Poder Judiciário quanto fora dela. A metodologia ganhou o apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que lançaram no dia 12 de maio de 2015 a campanha nacional Justiça Restaurativa do Brasil: a paz pede a palavra (CNJ..., 2015).

Objetiva-se, com a presente pesquisa, analisar como as práticas restaurativas podem complementar o sistema formal de justiça, a partir da perspectiva de acesso à ordem jurídica justa. Em outras palavras, discute-se se o sistema de justiça em vigor,

preponderantemente preocupado com a sanção que será imposta ao ofensor e que nem sempre atende aos anseios de quem vivenciou essa transgressão, pode, e em que medida, ser complementado pelo sistema restaurativo, que não se preocupa apenas com a reparação material do dano, como também com a reparação moral e dos relacionamentos, em busca de uma convivência pacífica futura.

O marco teórico adotado no trabalho é o pensamento de Rodolfo de Camargo Mancuso, professor da Universidade de São Paulo (USP). As afirmações contidas nas obras *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009) e *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011), nortearam a pesquisa.

No tocante à nova concepção de acesso à justiça e a necessidade de se oferecer novos meios de resolução de conflitos, Mancuso (2011, p. 24) estabelece que “o conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se podem dizer ufanistas e irrealistas – atreladas à vetusta ideia do monopólio da justiça estatal”<sup>2</sup>. Num Estado de Direito, o acesso à justiça deve superar a visão tradicional do simples acesso ao Judiciário, comportando a ideia de que é direito de todos que lhes sejam disponibilizados canais adequados e eficientes de recepção e resolução dos conflitos, em modo justo, tecnicamente consistente e em tempo razoável (MANCUSO, 2011, p. 33).

Rodolfo de Camargo Mancuso ainda desenvolve a ideia de uma justiça *coexistencial* entre os mecanismos tradicionais e os novos que se apresentam baseados no consenso e entendimento, em que estes justificam de *per se* e buscam seu próprio espaço (até porque a resolução dos conflitos não é monopólio do Estado), não devendo, pois, esses outros meios buscar afirmação social postando na deficiência da Justiça oficial, num deletério *jogo de soma zero*. Ainda sobre o assunto, expõe que não é possível mais a sustentação do discurso que deprecia os meios alternativos, que os trata como uma Justiça de segunda classe. Da mesma maneira, também não é adequado apostar na derrota da Justiça estatal. A composição entre esses dois planos é a única estratégia viável, de modo a concebê-los em um sistema integrativo complementar. Sendo assim, os meios alternativos não se propõem a concorrer com a Justiça estatal. Eles se estabelecem como segunda via ou um alvitre subsidiário, por sua clara aptidão para prevenir a formação de novos processos, compondo a controvérsia em modo justo, ou mesmo abrir outra opção para aqueles já em curso (MANCUSO, 2009).

2 Para o autor, esta concepção estaria assentada “numa perspectiva excessivamente elástica de ‘universalidade/ubiquidade da jurisdição’ e, também, aderente a uma leitura desmesurada da ‘facilitação do acesso’, dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em... dever de ação, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos”.

A vertente metodológica adotada na investigação científica foi a jurídico-sociológica, técnica pesquisa teórica e o tipo escolhido foi o chamado jurídico-projetivo ou jurídico prospectivo, de grande importância para análise de tendências, em que se partiu de premissas e condições vigentes para detectar tendências futuras de determinado instituto jurídico ou de determinado campo normativo específico (GUSTIN, 2010, p. 29). Procurou-se detectar como a Justiça Restaurativa pode constituir uma nova via de acesso à justiça e, deste modo, contribuir para a efetivação dos direitos humanos no plano internacional e direitos fundamentais no plano nacional.

## 2. O Acesso à Justiça e a Justiça Restaurativa

Na visão processual clássica, o princípio constitucional do acesso à justiça pressupõe a possibilidade de que as pessoas possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação. Presente na Constituição da República de 1988 (art. 5º, XXXV e LXXIV, dentre outros dispositivos<sup>3</sup>), o acesso à justiça pode ser considerado como um dos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Capelletti e Garth (1988, p. 12), “o acesso à justiça pode [...] ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.

Na esteira de que o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático, Boaventura de Sousa Santos (1996, p. 483) afirma que “não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos do cidadão”. Estes, por sua vez, “não existem se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, sexo, raça, etnia e religião.”

O acesso à justiça possuiu uma dimensão mais ampla que o já citado acesso formal ao Poder Judiciário. Esta dimensão maior da disciplina significa o acesso a uma *ordem jurídica justa* ou *acesso material à justiça*. Para Vigliar (2009, p. 50-51), “acessar a ‘ordem jurídica justa’ implica, portanto, em contar com meios adequados (técnica processual) para a solução dos conflitos de interesses, e, assim, obter uma adequada tutela que, tempestivamente, venha a proporcionar o cumprimento do direito material”. Watanabe (1988, p. 128), a seu turno, assevera que é preciso pensar “na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas

3 CR. Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1988).

jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento”.

É certo que ao longo do tempo preocupou-se mais com a possibilidade de se levar uma demanda para análise de um juiz ou tribunal do que propriamente em se possibilitar meios de que a prestação jurisdicional fosse de fato rápida e efetiva. Daí que se origina o ditado forense “acessar a justiça é fácil; difícil é sair dela”. Por isso é importante o estudo analítico do tema também sob a ótica do jurisdicionado.

Na notável classificação de Capelletti e Garth, historicamente foram três as soluções dadas ao problema do acesso à justiça, chamadas por eles de “ondas” de acesso. A *primeira onda* se refere à assistência judiciária para os pobres, que ganhou força a partir dos anos 1960. A assistência, que antes era baseada em serviços prestados por advogados particulares sem contraprestação (*munus honorificum*), evoluiu para sistemas em que o Estado arca com os honorários profissionais e/ou constitui corpo próprio de profissionais especializados e assalariados para atender a população carente (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

A chamada *segunda onda*, que se firmou uma década depois, se refere à representação dos interesses difusos, num movimento mundial de litígios de direito público em virtude de sua vinculação com assuntos importantes de política pública que envolvem grandes grupos de pessoas. O modo de afirmação desta onda ocorreu por meio da Ação Governamental (Ministério Público e advogados públicos), da Técnica do Procurador-Geral Privado (permissão de propositura de ações grupos de indivíduos de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos) e pela técnica do Advogado Particular do Interesse Público (sociedades de advogados de variadas especialidades, geralmente mantidas por contribuições filantrópicas). Tal movimento resultou na revisão de noções tradicionais do processo civil - como os conceitos de citação, direito de ser ouvido, representatividade e coisa julgada-, de modo que a visão individualista do processo legal se fundisse com uma concepção social, coletiva (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

Por sua vez, a *terceira onda*, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Trata-se de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações de procedimentos (inclusive com a utilização de metodologias chamadas por eles de alternativas, como a arbitragem e a conciliação), mudanças na estrutura dos tribunais (ou mesmo a criação de novos), uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto quanto juízes quanto como defensores e modificações no direito substantivo (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

A Justiça Restaurativa surge no contexto das ondas de acesso à justiça como reflexo do aprimoramento e desenvolvimento da terceira onda. A metodologia constitui nas classificações internacionais, junto a outras metodologias, um expediente das chamadas

*ADRs – Alternative Dispute Resolution. A abordagem certamente também será importante numa virtual onda seguinte (quarta onda), que seria a reforma do ensino jurídico. Tal reforma é necessária para contrapor ao modelo atual, que é pautado no ensino das técnicas processuais de enfrentamento do litígio em que o outro é enxergado essencialmente como adversário a ser vencido.* A propósito, na concepção de um ensino jurídico abrangente e transformador, Adriana Goulart de Sena Orsini e Mila Batista Leite Corrêa da Costa (2010, p. 18-19) afirmam que faz-se necessário “demonstrar ao aluno do curso de Direito, (...) não apenas a técnica jurídica, mas também a existência e aplicabilidade das variadas formas de resolução de conflitos consensuais e não consensuais, além do acesso à Justiça em uma perspectiva material e não meramente formal”.

O ensino da teoria e das práticas restaurativas nas Faculdades de Direito, ainda incipientes no cenário nacional<sup>4</sup>, serão necessários para que os estudantes assimilem a mudança paradigmática em curso e possam contribuir efetivamente para a construção de uma cultura voltada para a paz. O domínio do referido conteúdo, juntamente com o de outros métodos de resolução de conflitos baseados na consensualidade, como a mediação, é de fundamental importância na consolidação de um acesso à justiça em sentido amplo (acesso material) pela prática profissional dos novos bacharéis em direito.

### *2.1. A Afirmação da Justiça Restaurativa como Via de Acesso à Justiça e como Metodologia Autônoma de Resolução de Conflitos*

Na contemporaneidade, são basicamente três os modos de resolução de conflitos interindividuais e sociais, a saber: a autotutela, que é o método que se realiza quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca; a autocomposição, quando há despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada, quer pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, quer pela concessão recíproca por elas efetuada, sendo o conflito solucionado pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia; e, a heterocomposição, quando o conflito é solucionado mediante a intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original (SENA, 2010). Este último modo é dividido em jurisdição, arbitragem, mediação, conciliação e a Justiça Restaurativa, ainda desconhecida por grande parcela da população, mas que já é via de acesso à justiça consolidada em vários países.

O movimento internacional de reconhecimento e desenvolvimento de práticas restaurativas ganhou a devida força no final da década de oitenta. Em 1989, a Justiça

<sup>4</sup> Na Faculdade de Direito da UFMG, a Justiça Restaurativa é conteúdo da disciplina optativa Acesso à Justiça e Formas de Resolução de Conflitos, de titularidade da Professora Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini.

Restaurativa foi positivada no ordenamento jurídico de um país, fato que deu notoriedade à metodologia no cenário internacional. Como já salientado, coube à Nova Zelândia este papel pioneiro na introdução do modelo restaurativo, com a edição do *Children, Young Persons and Their Families Act*, norma que instituiu o mecanismo das conferências de grupo familiar e outras abordagens restaurativas para o trato do conflito juvenil.

Naquele país, a experiência foi exitosa a ponto de, em 2002, as práticas restaurativas também passarem a ser opcionais ao sistema de justiça criminal tradicional. Chris Marshall, Jim Boyack, e Helen Bowen (2005, p. 267) lembram das três leis de grande impacto daquele ano, que são: a Lei das Sentenças, a Lei da Liberdade Condicional e a Lei dos Direitos das Vítimas. No contexto neozelandês, segundo eles, “as três leis fazem menção explícita à justiça restaurativa e colocam as agências estatais na expectativa de acomodar, encorajar e assessorar os processos da justiça restaurativa”. Dentre as vantagens do uso de práticas de Justiça na Nova Zelândia apontadas Gabrielle Maxwell (2005) estão: condução a processos de tomada de decisão que são vistos como corretos e justos por todos os participantes; envolvimento das vítimas e respostas a elas em uma maior extensão que os tribunais; podem responsabilização dos infratores com apoio contínuo a eles; reintegração do infrator na comunidade; e ganho de economia para o sistema de justiça.

A partir dos anos noventa, os programas de Justiça Restaurativa rapidamente se disseminavam mundo afora (Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do Sul, Argentina, Colômbia, dentre outros países). Inspirado pelas novas ações e ideias, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal, por meio da Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. Quase um ano mais tarde, na resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, o Conselho estabeleceu os “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”.

Após este percurso, o Conselho Econômico e Social da ONU editou a Resolução nº 2002/12, na qual ficaram definidos os princípios e as diretrizes básicas para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, norma esta que influenciou vários países a adotarem a metodologia restaurativa ou aprimorarem os seus programas, inclusive o Brasil.

O conceito de justiça restaurativa contemplado pela Organização das Nações Unidas (ONU) é aquele enunciado na Resolução nº 2002/12, editada pelo seu Conselho Econômico e Social em sua 37ª Sessão Plenária, de 24 de Julho de 2002. Nele, a Justiça Restaurativa é entendida como uma aproximação, através de um processo cooperativo, que privilegia toda forma de ação, individual ou coletiva, em que as partes interessadas, na determinação da melhor solução, buscam corrigir as consequências vivenciadas por

ocasião da infração, a resolução do conflito, a reparação do dano (*lato senso*) e a reconciliação entre as partes (ONU, 2012).

A resolução 2002/12 trouxe definição mais precisa a dois conceitos fundamentais ao novo paradigma de justiça que se firmava, a saber, os conceitos de processo restaurativo e o de resultado restaurativo (itens 2 e 3). Veja-se:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor. (ONU, 2002)

Em verdade, houve reconhecimento internacional da Justiça Restaurativa como uma via adequada para o tratamento de uma gama de conflitos e também de sua força transformadora. O poder conferido às vítimas, ofensores e comunidade, no processo restaurativo, de participarem ativamente na construção da saída para a infração mostrou-se uma grande diferença em relação ao processo tradicional, que se baseia em soluções pré-estabelecidas em normas legais para a punição do ofensor. Para os participantes dos processos restaurativos, pode parecer que o encaminhamento pelo acordo restaurativo seja mais legítimo que uma solução dada por uma autoridade justamente porque ali houve espaço para que suas necessidades fossem ouvidas e consideradas.

A influência do movimento restaurativo do qual a resolução 2002/12 fez parte foi tão forte que gerou reflexos no novo constitucionalismo latinoamericano. Na Colômbia, em 2002, a Justiça Restaurativa alcançou *status* constitucional, sendo inscrita no art. 250 da Constituição do país<sup>5</sup>, além de constar também na legislação ordinária (artigo 518 e seguintes, do novo Código de Processo Penal) (COLÔMBIA, 1991).

Novamente, é de se observar que em cada localidade em que a Justiça Restaurativa foi adotada, ela absorveu elementos da cultura local. Em outras palavras, não existem dois programas iguais de Justiça Restaurativa. Não há uma fórmula e um roteiro prontos e definitivos a serem copiados, mas basicamente uma principiologia e marcos orientadores.

5 Constituição Colombiana. Artículo 250. Modificado. A.L. 3/2002.(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

Sobre a referida plasticidade do método, Kay Pranis expõe o seguinte:

Os círculos de Construção de Paz estão sendo usados em variados contextos. Dentro dos bairros eles oferecem apoio para aqueles que sofreram em virtude de um crime – e ajudaram a estabelecer a sentença daqueles que o cometeram. Nas escolas, criam um ambiente positivo na sala de aula e resolvem problemas de comportamento. No local de trabalho, ajudam a tratar de conflitos. No âmbito da assistência social, desenvolvem sistemas de apoio mais orgânicos, capazes de ajudar pessoas que estão lutando para reconstruir suas vidas. (PRANIS, 2008, p. 16)

É importante frisar que existem autores que defendem a tese de quanto mais grave é o dano, maior o potencial restaurativo. No exterior, encontros restaurativos estão sendo utilizados para casos de maior complexidade. No livro *Justiça Restaurativa* (2005), organizado pelo Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, são descritas experiências restaurativas em matérias no mínimo polêmicas, como, por exemplo, violência sexual, terrorismo e violência religiosa.

Uma dos programas enumerados é o RESTORE (Arizona), cuja missão é facilitar uma resolução centrada na vítima, dirigida para a comunidade de crimes sexuais individuais selecionados que criam e executam um plano para a responsabilidade, cura, e segurança pública. Este programa procura nova abordagem na delicada questão da violência sexual desde 1999. Sobre a atuação, Mary P. Koss e outros expõem o seguinte:

O encontro restaurativo permite que as pessoas responsáveis falem sobre sua infância adversa, abusos anteriores, uso de drogas, opressão racial, e desvantagem econômica, sem moldar esses temas como esculpatório, a exemplo do que frequentemente acontece em julgamentos. Convida-se a comunidade a expressar sua solidariedade com a pessoa responsável enquanto também repudia-se a agressão sexual. Devido a seu foco no não-encarceramento e o uso de um formato em que os participantes e seus valores culturais compartilhados moldam a resolução, o modelo do encontro restaurativo pode ajudar a mitigar o racismo e o acesso desigual à justiça que é percebido como permeando o sistema de justiça criminal norte-americano. (KOSS, 2005, p. 366)

Muito embora a possibilidade de adoção de práticas restaurativas na temática da violência sexual no Brasil ainda pareça distante, não há como não se impressionar com a possibilidade descrita. O mesmo sentimento permanece em relação à narração de Christopher D. Marshall sobre os encontros restaurativos entre Patrick Magee, ex-membro do grupo paramilitar irlandês IRA e Jo Toffnell, filha de uma das vítimas dos ataques do grupo. Eis um trecho:

Uma outra história é o exemplo de Patrick Magee, o chamado “Brighton bomber”, que matou cinco pessoas e feriu 30, há 20 anos, em um atentado frustrado para aniquilar o gabinete ministerial Britânico, que ficava no Grande Hotel em Brighton. Ao sentenciar Magee, o juiz o descreveu como “um homem de crueldade e desumanidade excepcional”, e para este dia, Magee se apóia em suas ações como um justificável ato de guerra. Mas, agora fora da prisão, Magee se tornou um forte aliado do processo para a paz. O que precipitou esta mudança foi uma série de encontros com Jo Tuffnell, a filha de uma de suas vítimas assassinadas. Os encontros começaram depois que Tuffnell foi dominado por “um sentimento incrível”, um dia, enquanto ela orava em uma igreja, pedindo forças para entender aqueles que fizeram isto e não se tornarem vítimas”. (MARSHALL, 2005, p. 427)

No Brasil, a Justiça Restaurativa se desenvolve a passos largos. No contexto do Judiciário brasileiro cada vez mais se aproximando de um sistema multiportas, principalmente após o advento da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Justiça Restaurativa vem se afirmando no cenário nacional como opção de metodologia para o tratamento de uma gama variada de conflitos. Por aqui a técnica já foi experimentada com sucesso no trato do conflito juvenil (atos infracionais), em crimes de menor potencial ofensivo, nos Juizados Especiais, e em diversos outros nas comunidades e escolas, em experiências que serão detalhadas adiante. Ainda não foi registrada a utilização dos encontros restaurativos na fase de conhecimento dos processos criminais que envolvam delitos fora da competência do Juizado Especial Criminal (penas cominadas maiores que dois anos), por falta de permissivo legal.

Contudo, começam a surgir algumas iniciativas na execução criminal, como a da Comarca de Santa Rita do Sapucaí-MG, em que é titular o juiz José Henrique Mallmann. Presos que cumprem pena no presídio da cidade trabalharam na reforma do Fórum da comarca, em projeto que contou com o auxílio de empresários locais, e o salário que receberam pelo trabalho foi dividido em duas partes: metade para a própria família e a outra metade para as vítimas de seus delitos, dinheiro este pago nas chamadas *audiências de pagamento*.

Em entrevista concedida ao portal da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais, José Henrique Mallmann afirmou que a iniciativa vai ao encontro da Justiça Restaurativa. “Não fica só na punição, vai um pouco adiante. Também devolve o custo que o preso tem para a sociedade. O trabalho é feito em prédios públicos e históricos, traz a ideia de preservação e pacificação social e a vítima também não foi esquecida”, explica. A avaliação da iniciativa muito positiva. “Não houve problema de disciplina e a gente percebe que a própria comunidade está elogiando o trabalho”, destacou (DETENTOS..., 2013).

A adoção dos encontros restaurativos se enquadra no modelo da chamada *justiça co-existencial* descrita por Rodolfo de Camargo Mancuso. Tal Justiça busca resolver o conflito de modo não-impactante, buscando preservar as relações entre os interessados, e promove um processo tendencialmente não-adversarial, em que a lide passa a ser vista não como um malefício a ser eliminado drasticamente, mas como uma oportunidade para o manejo adequado da crise emergente, em ordem a uma possível composição justa (MANCUSO, 2010, p. 18).

Ao contrário do que se possa imaginar, o monopólio estatal da administração da justiça não estará ameaçado pela expansão dos meios consensuais de resolução de conflitos, nem representará uma terceirização ou privatização da Justiça. Antes de mais nada, as formas consensuais devem ser vistas como uma expansão da própria distribuição da Justiça, ou até mesmo como aperfeiçoamento do conceito de jurisdição.

A mudança de paradigma criminal proposta pela Justiça Restaurativa, bem como a adoção de suas ferramentas de resolução de conflitos baseadas essencialmente na consensualidade, no entendimento e no diálogo, que ao mesmo tempo responsabilizam e acolhem os envolvidos na infração, pode ser enxergada como um movimento em busca do significado ampliado de acesso à justiça – o acesso a uma ordem jurídica justa. Isto é verdade porque a Justiça Restaurativa busca devolver para comunidade, de certa maneira, o poder das pessoas resolverem os seus próprios conflitos.

Nesta esteira é reflexão de Egberto Penido trazida no vídeo Rap da Justiça Restaurativa, que ora se transcreve:

Na Justiça Restaurativa o poder é com o outro e não sobre o outro. É uma justiça libertária, realmente libertária. Devolve o poder pra comunidade, que sempre foi dela, em parceria com o sistema de justiça e em sintonia com o Estado Democrático de Direito. [...] É um salto quântico em termos de harmonização justa dos conflitos sociais. (RAP DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, 2011)

Por ora, afirma-se que a Justiça Restaurativa não servirá a todo e qualquer tipo de conflito. Contudo, ela pode trazer respostas mais abrangentes em espaços certos e especiais para determinados tipos de situações conflituosas e possibilitar o acesso formal e material à justiça, como já vem sendo demonstrado nas experiências brasileiras em crimes de menor potencial ofensivo, atos infracionais, conflitos escolares e comunitários.

## 2.2. A Ressignificação Profissional dos Operadores do Direito

Uma reflexão imprescindível para que as pessoas envolvidas em uma situação conflituosa possam experimentar o acesso à justiça de forma plena pela via restaurativa diz

respeito à postura dos profissionais do direito enquanto atores do processo de resolução de conflitos no ambiente judicial.

Em primeiro lugar, a participação dos defensores públicos e advogados nos procedimentos restaurativos, é, por óbvio, admitida. Não custa lembrar que a Constituição da República, em seu art. 133, dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 575), “tal previsão coaduna-se com a necessária intervenção e participação da nobre classe dos advogados na vida de um Estado democrático de direito”. No mesmo sentido, o texto constitucional ainda dispõe que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134).

Advogados e defensores podem exercer importante papel no processo restaurativo, especialmente se forem capacitados para nele estiverem cientes da importância de uma atuação voltada para as pessoas, e não para o litígio. O procurador pode intervir desde a opção das partes pelo programa restaurativo e na verificação da validade do acordo estabelecido com o ordenamento jurídico, questionando-o, se for o caso.

Nos círculos de restauração, o defensor também poderá contribuir de maneira decisiva para a construção do acordo restaurativo se tomar uma postura favorável ao diálogo. Além disso, ao acompanhar o ofensor, espera-se que o advogado-defensor contribua com sua criatividade na elaboração das obrigações que o seu assistido tomará diante da infração que cometeu, inclusive com a observância do princípio da proporcionalidade. No outro lado, espera-se que o defensor que porventura esteja acompanhando quem sofreu o dano sirva de um referencial de apoio e segurança ao seu assistido.

Noutro norte, se o profissional refletir, em seu trabalho, a cultura adversarial presente nos programas das faculdades de Direito, de nada estará contribuindo para o desenvolvimento do processo restaurativo. Em outras palavras, a visão de que a pessoa com a qual se litiga é um ser dissociado da comunidade na qual vive e que deve ser vencido a qualquer custo em benefício do cliente não é compatível com os valores da Justiça Restaurativa. Caso esta posição se manifeste, o sentido do círculo se desfaz e o acesso à justiça em sentido amplo não será presente.

Juízes, promotores e servidores também atribuem novo significado ao seu labor quando diante de um procedimento de índole restaurativa. Não falta convicção a Egberto Penido (RAP..., 2011) ao afirmar, a partir da experiência paulista, que “nesse processo, o juiz, o promotor, o defensor, necessariamente ressignificam as suas atuações profissionais”. Todos passam a atuar em busca do acordo restaurativo que melhor compreenda as necessidades dos envolvidos, de modo a fortalecer na comunidade a cultura da paz. O juízes avalizam as práticas, após a verificação das condições necessárias, e homologam os acordos

restaurativos, após a chancela do Ministério Público. Os servidores, por sua vez, atuam como facilitadores a partir de capacitação específica.

Sobre a referida postura diferenciada dos profissionais do Direito nas práticas de Justiça Restaurativa, dizem Monaliza Costa de Souza e Karine Costella o seguinte:

Por lidar com emoções, de uma forma tão profunda, a postura do profissional do direito passa a ser de um apoiador, de uma pessoa de confiança e referência, capaz de defender o que é justo, mas que deixa o patamar daquele que acusa, ou defende, para ganhar um novo molde, mais próximo dos envolvidos, seus sentimentos, necessidades e expectativas, e não [uma postura em defesa exclusiva] da norma, que embora não esquecida, fica num segundo plano. (SOUZA; COSTELLA, 2010)

A ressignificação profissional é a chave para a atuação dos advogados e dos outros operadores do Direito nos processos restaurativos, sem a qual dificilmente os programas de Justiça Restaurativa internos aos Tribunais teriam prosperado. Constitui-se, afinal, como elemento necessário para que o modelo restaurativo possa se afirmar como via de acesso à justiça capaz de operar real transformação para os sujeitos em estado conflituoso.

### *2.3. A Resolução nº 125 do CNJ e as Novas Possibilidades para a Justiça Restaurativa*

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela emenda Constitucional de nº 45/04 no contexto da Reforma do Judiciário e instalado em meados de 2005, constitui-se como entidade pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Sua missão é contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade (SOBRE..., 2013).

O trabalho do Conselho, constituindo nítido avanço no tocante ao estabelecimento e aprimoramento de políticas públicas no seio do Poder Judiciário, haja vista, por exemplo, o Movimento “Conciliar é Legal” (2006), resultou na publicação de umas das mais importantes normas da temática do acesso à justiça em 29 de novembro de 2010. Trata-se da Resolução nº 125, posteriormente alterada pela Emenda nº 1, de 31/01/13, que instituiu a chamada “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”.

A norma em análise propõe um verdadeiro divisor de águas na história do Judiciário, que até então respondia aos conflitos sociais majoritariamente por meio das soluções adjudicadas. A preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional, ante o grande número de processos em trâmite na Justiça, tornou-se evidente. Em resposta a esta situação, a Resolução 125 trouxe o ideário de uma agenda realista preordenada a estabelecer os

rumos de uma política judiciária nacional, interrompendo o vezo das sucessivas intervenções legislativas e regimentais em aspectos pontuais, que até lidam com a consequência, mas deixam as causas em aberto (MANCUSO, 2011, p. 41).

Com relação à Justiça Restaurativa, o § 3º do sétimo artigo dispõe que os núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, a serem criados nos tribunais, “poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas”. Outra condição imposta é a participação do titular da ação penal em todos os atos, além da observância dos preceitos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei 9.099/95 (BRASIL, 2010a).

Como é possível perceber, o dispositivo em referência admitiu a utilização de mecanismos de soluções de controvérsias por meios consensuais para o trato dos conflitos inclusive no âmbito criminal. Esta novidade, além de fixar uma diretriz para a atuação dos tribunais, foi importante também para a validação das iniciativas de Justiça Restaurativa existentes até então, principalmente os projetos pioneiros do Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal, que serão objeto de reflexão adiante.

Em verdade, é possível afirmar que após a publicação da Resolução 125 do CNJ, desenha-se no Brasil uma variação de sistema multiportas de acesso à justiça. Cabe lembrar que a ideia dos *Multi-door Courthouses* surgiu no ano de 1976 em Washington-DC, numa conferência denominada *Pound Conference*. Na oportunidade, Frank Ernest Arnold Sander, professor emérito da Universidade de Harvard, proferiu uma conferência denominada *Varieties of dispute processing*, em que expôs os elementos basilares para a construção dos Tribunais Multiportas, que não seriam simplesmente tribunais comuns, mas centros de resolução de conflitos em que o requerente, com a ajuda de um auxiliar de triagem, seria dirigido para o processo (ou sequência de processos) mais apropriado para um determinado tipo de caso. Haveria uma série de portas rotuladas separadamente, de acordo com o método de resolução de conflito. Trata-se de um modelo de organização judiciária multifacetária, que acolhe, num mesmo local, diversas modalidades de resolução de litígios (heterocompositivas, autocompositivas e híbridas; judiciais e não judiciais), a fim de que seja possível direcionar o conflito ao melhor método para a sua resolução (GONÇALVES, 2011).

Marco Antonio Lorencini sintetiza da seguinte maneira o procedimento inicial realizado num Tribunal Multiportas:

A metáfora das portas remete a que todos os meios alternativos estejam disponíveis em um só lugar [juntamente com os meios oficiais]. Em geral, depois de apresentado um formulário pelo requerente, o requerido

é também chamado e igualmente preenche um formulário igual. Esses formulários são encaminhados pelo funcionário ao julgador que, então, designa uma audiência para as partes para dar-lhes conhecimento acerca do meio indicado. [...] Dois pontos são centrais: quem exerce a triagem e o meio trilhado. [...] A escolha do meio pode, assim, dependendo do programa, ser feita pelo autor, pelo réu, ou por ambos, de forma consensual. Pode, ainda, ser mecanicamente feita por um funcionário do tribunal, por um perito externo ou, ainda, pelo próprio julgador. No caso de pluralidade de autores, prevalece o critério da maioria. Nas hipóteses em que a escolha cabe a uma pessoa que não as partes, elas respondem a um questionário detalhado que, entre outras coisas, discrimina (i) a quantidade de partes envolvidas, (ii) os fatos e as possíveis questões daí advindas, (iii) pedidos (iv) relacionamento entre as partes, (v) a natureza das questões a resolver e sua natureza. Essa análise objetiva é seguida de um outro formulário no qual a parte expõe o seu objetivo, respondendo sua expectativa com relação à (i) celeridade, (ii) confidencialidade, (iii) o interesse em preservar o relacionamento com a parte contrária, (iv) disposição em negociar com a parte contrária. (LORENCINI, 2006, p. 117).

Muito embora a ideia da construção de estruturas físicas no Judiciário com as referidas portas ainda possa soar estranha ao público brasileiro, fato é que a necessidade de oferta de outros mecanismos de resolução de conflitos foi assimilada pelo Conselho Nacional de Justiça e propagada aos tribunais de toda a nação. Com o impulso proporcionado pela Resolução nº 125, a Justiça Restaurativa se credencia como uma das possibilidades capaz de complementar a atividade jurisdicional oficial, a partir de adaptações de procedimentos de acordo com a realidade social de cada localidade em que vier a ser utilizada.

#### 2.4. A Justiça Restaurativa Positivada: o PNDH-3 e a Nova Lei do SINASE

As práticas restaurativas vêm, cada vez mais, ganhando espaço no cenário nacional no transcorrer dos últimos anos, a partir da experiência pioneira no Rio Grande do Sul, em São Paulo e no Distrito Federal.<sup>6</sup> Atento aos resultados, o Governo Federal reconheceu a importância da Justiça Restaurativa ao aprovar o 3º Programa Nacional de Direitos

6 Os projetos pioneiros Justiça para o Século XXI (Porto Alegre-RS), Justiça Restaurativa e Comunitária (São Caetano do Sul-SP) e Programa Justiça Restaurativa (Brasília-DF) receberam apoio na década passada do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e da Secretaria de Reforma do Judiciário, ligada ao Ministério da Justiça. Experiências dignas de nota também se observam em São José de Ribamar-MA e no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte-MG. Detalhes dos projetos e dos resultados em LARA, Caio Augusto Souza; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça*. Responsabilidades: revista interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário - PAI-PJ. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. V. 2, n. 2, p. 305-324, Belo Horizonte, set. 2012/fev. 2013.

Humanos (PNDH-3), por meio do Decreto nº 7.037, de 21/12/2009, posteriormente atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12/05/10. A norma estabelece como um dos objetivos estratégicos “incentivar projetos pilotos de Justiça Restaurativa, como forma de analisar seu impacto e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro”, bem como “desenvolver ações nacionais de elaboração de estratégias de mediação de conflitos e de Justiça Restaurativa nas escolas” (BRASIL, 2009).

O aludido programa federal estabelece também um eixo próprio na temática “Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência”, além de conferir às formas consensuais de resolução de conflitos um especial destaque, sob a seguinte justificativa:

As arraigadas estruturas de poder e subordinação presentes na sociedade e na hierarquia das instituições policiais têm sido historicamente marcadas pela violência, gerando um círculo vicioso de insegurança, ineficiência, arbitrariedades, torturas e impunidade. O eixo Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência aborda, em suas diretrizes e objetivos estratégicos, metas para a diminuição da violência, redução da discriminação e da violência sexual, erradicação do tráfico de pessoas e da tortura. Propõe reformular o sistema de Justiça e Segurança Pública, avançando propostas de garantia do acesso universal à Justiça, com disponibilização de informações à população, fortalecimento dos modelos alternativos de solução de conflitos e modernização da gestão do sistema judiciário. (BRASIL, 2010, p. 18)

O PNDH-3 ainda traz como diretriz a proposta de reforma da Lei de Execução Penal, que introduza garantias fundamentais e novos regramentos para superar as práticas abusivas. Ele trata, também, das penas privativas de liberdade como última alternativa, propondo a redução da demanda por encarceramento e estimulando novas formas de tratamento dos conflitos, como as sugeridas pelo mecanismo da Justiça Restaurativa (BRASIL, 2010, p. 105).

Na verdade, o Programa Nacional de Direitos Humanos é um roteiro de políticas públicas, em que o governo federal implica vários de seus órgãos, como a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e os Ministérios da Justiça e da Educação, em responsabilidades assumidas no referido documento. Com a publicação do Decreto nº 7.037/09, pode-se afirmar que houve reconhecimento oficial governamental da Justiça Restaurativa como metodologia apta a enfrentar as mazelas da justiça criminal e a proporcionar o acesso material e formal à justiça.

A Justiça Restaurativa também marcou o seu lugar definitivo como um paradigma de resolução do conflito juvenil. O Congresso Nacional editou a Lei 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e regulamenta a execução das medidas destinadas ao adolescente que pratique ato infracional. O art. 35,

inciso III, da referida lei estabelece ser princípio da execução da medida socioeducativa a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” (BRASIL, 2012a).

Com a adoção em nosso ordenamento do princípio que privilegie metodologias restaurativas no âmbito socioeducativo, tudo indica que círculos de paz possam ser institucionalizados em todo o País, sejam eles adotados nos programas de meio aberto, nos de meio fechado, ou dentro das unidades de semiliberdade e internação. Não obstante, é necessário esclarecer que como a lei do SINASE é destinada à fase de execução. Sendo assim, certamente a metodologia restaurativa é relacionada à fase posterior à formação dos autos de cumprimento de medida imposta, após o devido trânsito em julgado da decisão impositiva (ARAÚJO; SIQUEIRA NETO; ALBINO, 2012, p. 14).

A nova lei é clara no sentido de determinar que as práticas restaurativas sejam prioritárias em face de outras medidas aplicáveis. Em outras palavras, apenas quando não forem cabíveis – ou recomendáveis – os instrumentos de Justiça Restaurativa é que o Judiciário poderá se valer de outros encaminhamentos quando da execução das referidas medidas. Espera-se que o acesso material à justiça ocorra, no contexto estudado, porque as práticas restaurativas constituem-se como metodologia capaz de lidar de maneira mais abrangente e integradora com as particularidades dos adolescentes em conflito com a lei.

Contudo, muito embora um novo caminho para a execução das medidas socioeducativas tenha se aberto, permanece a sensação de que a reforma tenha ficado incompleta. Percebe-se que o foco da inovação legislativa foi tentar modernizar a execução das medidas socioeducativas, mas, uma vez indicada a aplicação das práticas restaurativas apenas à fase de execução, os adolescentes ditos infratores ainda passarão pelo arcaico procedimento padrão da fase de conhecimento. Os problemas hoje vistos na administração da justiça na seara infracional, como a falta de entendimento pelos adolescentes da linguagem jurídica utilizada nas audiências por juízes, promotores e defensores e, por conseguinte, a dificuldade de assimilação da medida a eles aplicada, continuarão existindo até o momento da prolação da sentença. O legislador perdeu a oportunidade de legitimar em definitivo a restauração do início ao fim do processo de natureza infracional.

## *2.5. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 9.099/95 em Perspectiva*

A Justiça Restaurativa iniciou seu percurso histórico no Poder Judiciário brasileiro há mais de uma década, sendo utilizada nos conflitos envolvendo adultos que praticaram infrações penais de menor potencial ofensivo em Brasília e adolescentes que incorreram na prática de ato infracional, no Rio Grande do Sul e São Paulo. Muito embora a legislação não regulasse expressamente a possibilidade de adoção da abordagem restaurativa nesses casos, os princípios e dispositivos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na

Lei 9.099/95, que serão analisados ao longo do tópico, permitiram que os projetos fossem desenvolvidos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído no ordenamento brasileiro pela lei 8.069 no dia 13 de julho de 1990, significou um enorme avanço na proteção dos direitos dessa parcela da população. A lei fez parte de uma transição paradigmática em curso no Brasil desde a Constituição Federal de 1988, que trouxe, em seu art. 227, as garantias da chamada *doutrina da proteção integral*<sup>7</sup>, em substituição ao velho modelo da *situação irregular*, no qual a situação da criança e do adolescente somente era considerada com a devida relevância quando eles não estivessem inseridos dentro de uma família ou se atentassem contra o ordenamento jurídico.

No Estatuto, estão previstas várias normas de proteção que, segundo o artigo 99, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo. Algumas dessas normas são claramente de cunho restaurativo, como o artigo 100, que prevê que na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Mais adiante, no artigo 116, surge a possibilidade de reparação material dos prejuízos sofridos pela vítima de ato infracional, sendo que a autoridade judiciária poderá, se for o caso, determinar que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima (BRASIL, 1990).

Renato Campos Pinto de Vitto (2008, p. 203) afirma que o Estatuto da Criança e do Adolescente “arrolou diversas medidas de proteção que igualmente convergem para a possibilidade de as partes buscarem, num ambiente propício a tal, alternativas às medidas puramente sancionatórias.” Essas medidas são, por exemplo, as encontradas no artigo 101, incisos II a VI do referido diploma legal<sup>8</sup>. Por sua vez, Leonardo Sica (2006, p. 19) expõe que “identificando os espaços normativos existentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) representa uma esfera natural para o desenvolvimento do novo modelo”.

O princípio processual penal clássico da indisponibilidade da ação penal também foi atenuado no ECA a partir do instituto da *remissão*, contido no art. 126. O Promotor

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

8 ECA. Art. 101. [...] II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

de Justiça poderá conceder a remissão antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, como forma de exclusão do processo, a partir das condições pessoais do adolescente, do contexto social e do grau de participação do adolescente na infração. Se iniciado o procedimento judicial, a concessão da remissão pela autoridade judiciária acarretará a suspensão ou extinção do processo (BRASIL, 1990). Sendo assim, de acordo com Vitto (2008, p. 203), abre-se “um amplo espaço para que, antes mesmo da apresentação da representação, possa ser instaurado procedimento restaurativo em que a vontade das partes - e a obtenção de um plano de autocomposição pode ser considerado”.<sup>9</sup>

De fato, a principiologia protetiva contida no Estatuto da Criança e do Adolescente parece poder ser alcançada com os encontros restaurativos. Se uma das finalidades da proteção integral também é proporcionar ao adolescente em conflito com a lei a maior integração possível na comunidade com a reparação do dano causado na medida do possível, nada mais propício que a adoção de uma metodologia de solução de conflitos que privilegie o diálogo e o entendimento em detrimento da punição pura e simples e da segregação.

Cabe destacar ainda que conexa à proteção conferida aos adolescentes no ECA estão as disposições de clara inspiração restaurativa e garantidoras do acesso à justiça ao jovem contidas no Estatuto da Juventude (lei 12.852/13). Destacam-se nesta norma o artigo 18 (acesso à justiça), o artigo 37, que estabelece o direito ao ambiente seguro e sem violência, e as diretrizes de políticas de segurança contidas no artigo 38. Os Conselhos de Juventude previstos na lei podem e devem se valer dos princípios e práticas restaurativas na consecução de seus objetivos (BRASIL, 2013).

No tocante à lei 9.099, afirma-se que sua promulgação, em 26 de setembro de 1995, constitui um importante marco para o acesso à justiça no sistema jurídico brasileiro. A lei, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trouxe ao ordenamento diversos princípios processuais específicos, que tornaram no rito do processo mais informal e simplificado. O segundo artigo da referida norma dispõe que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (BRASIL, 1995).

Na realidade, a lei 9.099/95 possibilitou que grande parcela da população pudesse ter as suas demandas analisadas pelo Poder Judiciário, pela simplificação dos procedimentos e também pela desnecessidade de assistência de advogado em alguns casos. Contudo, o volume de processos ocasionados, dentre outros fatores, por causa desta facilidade, gerou, nos anos seguintes à vigência da lei, o fenômeno que pode ser chamado de *excesso de acesso à justiça*, principalmente na esfera cível. Sobre a complexidade desta questão, Adriana

---

9 É importante observar que nem o Estatuto da Criança do Adolescente, nem qualquer outra lei, proíbe a adoção de encontros restaurativos na fase inicial de apuração do ato infracional.

Goulart de Sena Orsini e Luiza Berlini Dornas Ribeiro, em trabalho sobre a litigância habitual nos Juizados Especiais especializados no ramo de telecomunicações, alertam o seguinte:

Quando se analisa o “Excesso de Acesso”, o objetivo não é a redução desse acesso por meio de uma desconstrução de toda a teoria do “Acesso à Justiça”, que vem sendo edificada desde a década de 80. Na verdade, essa percepção é uma análise crítica para demonstrar sintomas de uma patologia jurídica que merecem ser tratados com cautela, não na tentativa de reduzir o ingresso ao Judiciário, mas de descobrir as razões que motivam a procura pela tutela judicial, apontando os possíveis abusos do uso do espaço jurisdicional público pelos litigantes habituais. (ORSINI; RIBEIRO, 2012, p. 166)

Segundo a pesquisa Justiça em Números – Relatório da Justiça Estadual, do Conselho Nacional de Justiça, referente ano de 2012, estima-se um total de 4.495.332 de ações pendentes de julgamento nos Juizados Especiais Estaduais (BRASIL, 2013). Por causa dos números enormes de processos em trâmite, pela facilidade de acesso e pelo uso indevido do espaço público pelos litigantes habituais, além da dificuldade do Estado, em grande parte por falta de estrutura, em dar respostas céleres e eficazes a estas demandas, o sistema dos Juizados Especiais passa por período de crise em muitas unidades jurisdicionais. O reflexo desta situação é observado quando das marcações de dezenas de audiências em um turno do dia, ocasião em que os conciliadores se vêem pressionados a concluir as audiências de conciliação rapidamente, sem que seja proporcionada às partes a oportunidade de encontrarem uma composição justa e em tempo razoável para a controvérsia levada ao Judiciário.

No que tange especificamente ao âmbito criminal, o Juizado tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 60), sendo por estas entendidas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (art. 61). Sem dúvida, com o advento da lei, houve um grande passo na incorporação do modelo consensual de reação do Estado ao delito, ao serem adotados os institutos despenalizadores da composição civil de danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, que se alinham de maneira expressiva aos preceitos restaurativos. No artigo 62 da norma, é estabelecida uma diretriz para que o processo objective, sempre que possível, a *reparação dos danos sofridos pela vítima* e a *aplicação de pena não privativa de liberdade*. Nos artigos 72 e 74, está prevista a *composição civil dos danos*, sendo que é dever do juiz comunicar aos envolvidos na audiência preliminar sobre a possibilidade do autor do fato delituoso de poder reparar materialmente o dano causado. Já no artigo 89, é prevista a *suspensão condicional do processo*, que, se aceita, submete o acusado a período de prova mediante as condições de reparação do dano (salvo impossibilidade de fazê-lo), proibição

de frequentar determinados lugares e proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do Juiz. A suspensão é cabível nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano e cabe ao Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e também se estiverem presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) (BRASIL, 1995).

Deste modo, é possível afirmar que a adoção das práticas restaurativas, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, é compatível com os mandamentos norteadores da Lei 9.099/95. A realização dos encontros restaurativos não encontra barreiras principiológicas, cabendo a cada unidade jurisdicional adaptar os procedimentos de acordo com a realidade sócio-jurídica local.

### 3. Conclusões

Procurou-se demonstrar, no presente trabalho, como a Justiça Restaurativa se constitui como via de acesso à justiça nos tempos atuais. Sustenta-se que o modelo restaurativo, se bem aplicado em complementação ao sistema de justiça vigente, pode constituir um importante instrumento para a construção de uma justiça participativa que opere transformação, com soluções compartilhadas e para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social com dignidade.

Não menos certo que a Justiça Restaurativa pode possibilitar tanto o acesso ao judiciário – que possibilite um acordo restaurativo proporcional à infração cometida com a chancela estatal –, quanto o acesso a uma ordem jurídica tida como justa, pela disponibilização do modo mais adequado de resolução de conflitos às pessoas e comunidades que vivenciaram uma situação conflituosa.

No vasto campo das modalidades de heterocomposição (jurisdição, arbitragem, mediação e conciliação), a Justiça Restaurativa pode trazer respostas mais abrangentes em espaços certos e especiais para determinados tipos de conflitos. A Justiça Restaurativa já se provou um método eficiente para o trato do conflito criminal de menor potencial ofensivo (Juizados Especiais Criminais), para o conflito juvenil (atos infracionais) e nos conflitos escolares e comunitários, em projetos em funcionamento dentro e fora da estrutura do Poder Judiciário de norte a sul do país.

Sendo certo que o movimento internacional ressoou na doutrina, no judiciário e na sociedade brasileira, enuncia-se que a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social foi o marco catalizador das iniciativas brasileiros de Justiça Restaurativa. O Poder Público não ficou alheio ao processo e com a edição do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 7.037/09, e com a entrada em vigor da Lei

12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, a Justiça Restaurativa se consolida como política pública brasileira de resolução de conflitos e acesso à justiça.

Uma vez que se desenha no país um sistema multiportas no de acesso à justiça no Poder Judiciário brasileiro, principalmente a partir do advento da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, a análise da compatibilidade do novo ideal com as normas que justificavam as primeiras experiências, quais sejam, o Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei 9.099/95, se fez necessária. Como demonstrado no relatório da pesquisa, as práticas de Justiça Restaurativa estão em conformidade com a doutrina da proteção integral prevista no ECA para as crianças e os adolescentes, assim como está também em relação aos princípios orientadores e os institutos da transação penal, da composição dos danos civis e da suspensão condicional do processo contida na Lei 9.099/95.

Conclui-se também que a postura diferenciada dos profissionais do Direito é condição necessária ao funcionamento dos encontros restaurativos. Os técnicos, procuradores e autoridades judiciárias ressignificam a sua atuação profissional e tornam-se, em primeiro lugar, apoiadores das partes e da comunidade envolvidos num conflito. A visão simplista e ultrapassada de que o outro com o qual se litiga é um adversário a ser vencido não tem lugar na contemporaneidade e muito menos na cena restaurativa.

Após treze anos das primeiras experiências restaurativas no Brasil, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa se legitima como uma das formas de resolução de conflitos que comporá o quadro de um sistema de Poder Judiciário efetivamente multiportas, em que para cada tipo de conflito, o instrumental mais adequado estará à disposição dos jurisdicionados. Diante da constatação de que as práticas de Justiça Restaurativa estão em consonância com os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República, é possível afirmar que o sistema de justiça que não oferecer a oportunidade do acesso pela via restaurativa, não poderá ser considerado, no século XXI, como um sistema ampliado e humanizado de resolução de conflitos.

#### 4. Referências

- ACORDOS entre vítimas e jovens infratores evitam ações judiciais.* Portal do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23132-acordos-entre-vitimas-e-jovens-infratores-evitam-acoes-judiciais>>. Acesso em 17/11/2014.
- ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; SIQUEIRA NETO, Lélío Ferraz de; ALBINO, Priscilla Linhares. *Considerações sobre o subsistema de execução de medidas socioeducativas criado pela Lei Federal n. 12.594/12 (SINASE).* 2012. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/portal/pls/portal/docs/1/2353277.PDF>>. Acesso em 28/05/2015.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho/Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Justiça em números*. Relatório publicado em 2014 referentes aos dados de 2013. (a) Disponível em <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\_em\_Numeros/relatorio\_jn2014.pdf>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil* (2014b). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\_presas\_no\_brasil\_final.pdf>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125/2010 (a)*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/resolucoes-presidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28/05/2015.
- \_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.037/2009*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18069.htm>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. *Estatuto da Juventude – Lei 12.852/2013*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em 29/05/2015.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099/1995*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/19099.htm>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 12.594/2012 (a)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Rev. e atual. Brasília: SDH/Pr, 2010 (b).
- BRASIL tem o maior número absoluto de homicídios do mundo, diz OMS. Portal G1. 10/12/2014 (c). Disponível em <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/12/brasil-tem-o-maior-numero-absoluto-de-homicidios-do-mundo-diz-oms.html>. Acesso em: 28/05/2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

- CNJ e AMB lançam campanha nacional para ampliar Justiça Restaurativa. Portal do Conselho Nacional de Justiça – 11/05/2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79333-cnj-e-amb-lancam-campanha-nacional-para-ampliar-justica-restaurativa>>. Acesso em: 28/05/2015.
- COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Disponível em <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>>. Acesso em 28/05/2015.
- DETENTOS de Santa Rita do Sapucaí trabalham e parte do salário vai para vítimas dos crimes. Portado da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais. Disponível em <[https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1672&Itemid=71](https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1672&Itemid=71)>. Acesso em 11/10/2014.
- GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais Multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos*. Jacarezinho, 2011. Dissertação de mestrado – Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática* / Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. 3ª ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- KOSS, Mary P.; BACHAR, Karen; HOPKINS, C. Quince; CARLSON, Carolyn. *Resposta Da Comunidade: Ampliação da Resposta da Justiça de uma Comunidade a Crimes Sexuais pela Colaboração da Advocacia, da Promotoria e da Saúde Pública: Apresentação do Programa Restore*. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).
- LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARSHALL, Christopher D.. *Pelo Amor de Deus! Terrorismo, Violência Religiosa e Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

- MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. *Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática - Uma Abordagem Baseada em Valores*. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).
- MAXWELL, Gabriele. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia*. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.) *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. Resolução 2002/12. Tradução: Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&tpg=0>>. Acesso em 24/08/2014.
- \_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em 27/05/2015.
- \_\_\_\_\_. *Declaração de Viena (1993)*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em 27/05/2015.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A Litigância Habitual nos Juizados Especiais de Telecomunicações: A Questão do “Excesso de Acesso à Justiça”*. In: Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line]/organização CONPEDI/UFF; coordenadores: Delton Ricardo Soares Meirelles, Monica Bonetti Couto, Eneas de Oliveira Matos. – Florianópolis: FUNJAB, 2012.
- PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Título original: *The little book of circle process*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- RAP DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. Direção: Bettina Turner e André de Campos Melo. São Paulo, Turner Comunicação, 2011. Vídeo digital (15’22”). Color. Son.
- SANTOS, *Boaventura de Sousa*; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.
- SENA, Adriana Goulart de. *Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça: Efetividade Material e Judicial*. In: Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil / Adriana Goulart de Sena, Gabriela Neves Delgado, Raquel Portugal Nunes. São Paulo: LTr, 2010.
- SENA, Adriana Goulart de; CORRÊA DA COSTA, Mila Batista Leite. *Ensino Jurídico: Resolução de Conflitos e Educação para a Alteridade*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 11-32, jan./jun. 2010.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

SOBRE O CNJ. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em 27/05/2015.

SOUZA, Monaliza Costa de Souza; COSTELLA, Karine. *O Papel do Advogado na Justiça Restaurativa*. Disponível em <<http://monalizasouza.blogspot.com.br/2010/09/o-papel-do-advogado-na-justica.html>>. Acesso em 28/05/2015.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Litigiosidade contida* (e o contingenciamento da litigiosidade). In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VITTO, Renato Campos Pinto de. *Reflexões sobre a Compatibilidade do Modelo Restaurativo com o Sistema de Justiça Brasileiro*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v. 9, n. 49, p. 199-209. Porto Alegre: Síntese, abr./maio de 2008.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

# O DIREITO À EDUCAÇÃO NA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REGULAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: ANÁLISE PRELIMINAR A PARTIR DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

---

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba/Brasil. Editora Adjunta da Revista *Prima Facie* Direito História e Política. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Educação e Direitos Humanos, certificado pelo CNPq.

## Resumo

Examina-se, neste artigo, a questão do direito à educação, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). No direito interno brasileiro, são analisadas a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, no que tange à regulação da matéria educação, em interação com os instrumentos internacionais em referência. Destaca-se que a regulação da matéria, no âmbito nacional, é influenciada pelo reconhecimento desse direito na normativa internacional, mas avança no reconhecimento do direito à educação superior de grupos sociais marginalizados, ampliando a obrigatoriedade e a gratuidade para além do ensino elementar, pois, no caso brasileiro, a educação básica é obrigatória e o princípio da gratuidade rege todo o sistema de ensino nos estabelecimentos oficiais. Configura-se, dessa forma, a existência de um núcleo essencial no tocante ao direito à educação, que é plenamente exigível.

## Palavras-chave

Direito à Educação; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Constituição Federal de 1988.

## Abstract

We examine, in this article, the question of the right to education, from the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the International Covenant on Economic,

Social and Cultural Rights (1966). In the Brazilian national law, they are analyzed the Federal Constitution of 1988 and the Law of Guidelines and Bases of National Education, 1996, regarding the regulation of education matter, in coordination with the international instruments in question. It is noteworthy that the regulation of the matter at the national level, is influenced by the recognition of this right in international norms, but advances in the recognition of the right to higher education of marginalized social groups, expanding the mandatory gratuity and beyond elementary school because in the Brazilian case, basic education is compulsory and the principle of free governs the entire education system in official establishments. Set up in this way, the existence of an essential core regarding the right to education, which is fully chargeable.

## Key words

Right to Education; Universal Declaration of Human Rights; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; The Constitution of 1988.

## 1. Introdução

A concepção de educação como um direito humano alcança centralidade no contexto após Segunda Guerra. Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, é produzida uma normativa internacional de proteção dos direitos humanos com destaque, entre outros direitos, à afirmação do direito à educação. Esta assume tarefa fundamental na construção de uma nova ordem, pautada numa agenda construída pelos vencedores da guerra, os Aliados. Assim, a educação, por um lado, é reiteradamente reconhecida como um direito humano. Por outro, é pensada como um instrumento de formação em direitos humanos, formação esta fundamentada nos valores assumidos pela ONU no seu projeto de cooperação entre os Estados e de construção da paz. Nesse cenário, são aprovados instrumentos internacionais de direitos humanos que reconhecem o direito à educação, em vários níveis, do ensino elementar aos níveis mais elevados, como é a educação superior.

Nesse contexto, são analisados dois instrumentos normativos internacionais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Não obstante o fato de que esses instrumentos foram aprovados em contextos diferentes, marcados por tensões específicas, e da natureza jurídica diversa, a Declaração e o Pacto supracitados constituem uma normativa relevante no processo de afirmação de direitos humanos. Além disso, a partir da Declaração, até os nossos dias, a educação é normatizada como um direito humano e um bem público, concepção encabeçada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), agência especializada da ONU.

Por sua vez, é analisada a normativa nacional quanto à matéria, numa perspectiva comparada com a normativa da ONU, representada pela Declaração e pelo Pacto supras. Nessa análise, são identificados avanços e recuos no processo de afirmação da educação como um direito humano. Identifica-se, também, que, em determinados aspectos, a normativa nacional avança muito mais que a internacional, consolidando conteúdos do núcleo essencial do direito à educação.

## 2. Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito à Educação

O movimento contemporâneo relativo aos direitos humanos toma impulso decisivo com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, em Paris, pela Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>1</sup>. A partir desse documento, os países ocidentais, os Aliados, vencedores da Segunda Grande Guerra, intitulados de Nações Unidas, estabelecem uma agenda, no cenário internacional, de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos. Por intermédio do trabalho legislativo da Organização das Nações Unidas (ONU) e da atuação de seus diversos órgãos e das agências especializadas, os direitos humanos passam a ser uma área de preocupação internacional, cuja proteção é assumida como propósito das Nações Unidas, proteção afirmada em sua Carta, instrumento constitutivo da referida organização supranacional.

Na condição de documento-símbolo, “(...) ponto de partida do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos (...)” (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 28), padrão comum de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos (ALVES, 2007), a Declaração representa o registro histórico, político e jurídico da repulsa às violações aos direitos humanos cometidas por Estados totalitários no âmbito da Segunda Grande Guerra. Indica, portanto, a construção de uma nova ordem mundial<sup>2</sup>, baseada em relações democráticas e pacíficas entre os Estados, ordem que tem por fundamento a proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa nova ordem baseia-se, juridicamente, na Carta da ONU, documento que estabelece os propósitos e as diretrizes de atuação das Nações Unidas no cenário internacional. Assim, a Carta consiste numa referência no processo de formulação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, os quais resultam tanto do trabalho legislativo das Nações Unidas, como de outras organizações de caráter regional, como é o caso da

1 A DUDH foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral da ONU.

2 As “Quatro Liberdades”- liberdade de palavra, liberdade de crença e liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade -, afirmadas pelo Presidente Roosevelt, no discurso “Estado da União”, proferido no Congresso dos Estados Unidos da América, em 6 de janeiro de 1941, constituem a base da nova ordem mundial, a ser liderada pelos Aliados, vencedores da Segunda Grande Guerra. As liberdades supracitadas foram incorporadas ao preâmbulo da DUDH. Sobre a história da formulação da DUDH, consultar: Poole *et al* (2007).

Organização dos Estados Americanos (OEA). Esses instrumentos, que possuem natureza e efeitos jurídicos variáveis, são influenciados pelos princípios assumidos na Carta, sendo esta explicitada em vários preâmbulos de instrumentos internacionais de direitos humanos desde a aprovação da Declaração de 1948. Portanto, a compreensão da Declaração requer a sua articulação com os princípios, objeto e propósitos afirmados na Carta de São Francisco.

Na Carta, não estão descritos e catalogados os direitos humanos, tarefa levada a cabo pelo comitê de redação, responsável pela elaboração da DUDH. Diante da lacuna presente nos dispositivos da Carta da ONU, em relação à definição dos direitos humanos a serem objeto de proteção, a Declaração passa a se constituir em fonte de interpretação dos dispositivos acerca dos direitos humanos afirmados na Carta. Configura-se, dessa maneira, uma interação entre as declarações de direitos humanos e os instrumentos constitutivos de organizações internacionais, de caráter universal, como é o caso da ONU, e de abrangência regional, como a OEA (CANÇADO TRINDADE, 1997).

A escrita da Declaração envolveu o trabalho de vários órgãos, antes de sua submissão à Assembléia Geral. Assim, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) encaminhou a sua subseção, a Comissão de Direitos Humanos (CDH), sob a liderança de Eleanor Roosevelt, o trabalho de escrita de uma declaração internacional, pois o plano geral era de elaboração de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, na qual a DUDH seria uma parte, considerada mais como uma declaração de princípios, no estilo de preâmbulo, complementada por disposições substantivas, constantes nos instrumentos obrigatórios, tais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), ambos de 1966.

A CDH encarregou o comitê de redação - composto por representantes da Austrália, China, Chile, Filipinas, França, Iugoslávia, Líbano, Reino Unido, República Socialista Soviética, Uruguai - de elaboração de um esboço da Declaração para ser submetido ao ECOSOC. Este encaminhou a proposta à Assembléia Geral, órgão legislativo principal da ONU, onde cada membro tem direito a voto, com peso igual (ALVES, 2007).

No processo de escrita da Declaração, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) desempenhou papel relevante (CANÇADO TRINDADE, 1997; POOLE *ET AL*, 2007). Ao examinar os principais problemas teóricos relativos à formulação da Declaração, esta agência especializada da ONU explicitou questões referentes às relações entre liberdades individuais e responsabilidades coletivas, questões que perpassam a problemática dos direitos humanos na contemporaneidade<sup>3</sup>, interferindo no seu processo de reconhecimento e efetivação.

3 Sobre a matéria, consultar o documento: **Los Derechos del Hombre**— estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal reunidos por la UNESCO. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, pp. 227-232.

A Declaração, elaborada em menos de dois anos, nas três primeiras sessões da CDH, foi aprovada na primeira sessão da Assembleia Geral a que foi submetida (a III Assembleia Geral das Nações Unidas). Dos 58 Estados-Membros, 48 votaram a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram<sup>4</sup> e 2 se ausentaram da ocasião (RANGEL, 2005). Portanto, a relevância desse documento não advém do quantitativo dos Estados que a aprovaram, mas, sobretudo, do fato de que representa a formulação jurídica da noção de direitos inerentes à pessoa humana - afirmada, mas não detalhada na Carta da ONU - formulação alçada ao plano internacional a partir da aprovação da DUDH (CANÇADO TRINDADE, 1997). Na qualidade de “(...) primeira expressão dos direitos humanos de forma abrangente em escala internacional” (POOLE *ET AL*, 2007, p. 91), a DUDH, definitivamente, coloca o ser humano no cerne do debate político internacional, reconhecendo que a proteção dos direitos humanos se constitui em preocupação dos Estados, independentemente da condição desfrutada pelo ser humano (nacional ou estrangeiro; rico ou pobre).

Uma questão recorrente, na doutrina, consiste na natureza jurídica da Declaração. Comumente, na prática internacional, as declarações não apresentam força jurídica obrigatória, característica atribuída aos tratados, convenções e pactos. Entretanto, Alves (2007) chama à atenção para a peculiaridade da DUDH. Pelo fato de conter referência explícita, em seu preâmbulo, às disposições da Carta da ONU, esta última de caráter obrigatório, e pela existência do fenômeno da conversão da Declaração em norma consuetudinária, não autoriza a afirmação da DUDH como meramente uma declaração de princípios, sem quaisquer elementos coativos e obrigatórios.

(...) o que se verifica na prática é a invocação generalizada da Declaração Universal como regra dotada de *jus cogens*, invocação que não tem sido contestada sequer pelos Estados mais acusados de violações de seus dispositivos (ALVES, 2007, p. 48).

Aprovada sob a forma de uma resolução não-impositiva da Assembleia Geral, a Declaração não possui força vinculante. Contudo, na mesma lógica de Alves (2007), Poole *et al* (2007) reconhecem a existência de elementos coativos, tanto internamente como externamente, na DUDH. No plano interno, se distingue, na Declaração, preâmbulo e artigos, muitos desses se constituindo em obrigações, a base dos artigos obrigatórios dos Pactos de 1966. Externamente, a DUDH consiste numa grande referência no direito internacional, influenciando a produção normativa sobre a matéria, constituindo-se em referência explícita em diversos instrumentos internacionais que a sucedem. O impacto da DUDH ainda foi mais considerável pela demora no processo de aprovação dos Pactos de 1966 – um lapso de tempo de 18 anos – pactos que são considerados, pela doutrina,

4 Abstencões da África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Iugoslávia, Polónia, Tchechoslováquia, Ucrânia e União Soviética.

como vinculantes e obrigatórios. Entretanto, o tempo prolongado para a aprovação dos referidos Pactos:

(...) contribuiu para florescer a tese de que alguns dos princípios da Declaração cedo se afiguravam como parte do direito internacional consuetudinário, ou como expressão dos princípios gerais do direito, invocados em processos nacionais e internacionais (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 38).

Cançado Trindade (1997) examina o valor jurídico e o alcance da Declaração Universal. Para o autor, a DUDH consiste num instrumento decisivo, ao servir como modelo e ponto de partida para o processo de generalização da proteção internacional relativa aos direitos humanos. Processo de generalização marcado pela proteção do ser humano não mais restrita a determinadas condições ou a setores circunscritos, como no caso da proteção dos trabalhadores sob a égide das primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nesse processo, presencia-se a proliferação de diversos tratados sobre a matéria, em que a DUDH se constitui numa referência explícita, sendo citada literalmente nos preâmbulos de diversas convenções<sup>5</sup>.

A Declaração Universal afigura-se, assim, como a fonte de inspiração e um ponto de irradiação e convergência dos instrumentos sobre direitos humanos em níveis tanto global quanto regional. Este fenômeno vem a sugerir que os instrumentos globais e regionais sobre direitos humanos, inspirados e derivados de fonte comum, se complementam (...) (CANÇADO TRINDADE, 1997, p.43).

Portanto, o valor jurídico da DUDH não pode ser minimizado. A interação interpretativa entre a Declaração e a Carta da ONU e outros instrumentos constitutivos de organizações internacionais e de base convencional, além de sua incorporação nos ordenamentos jurídicos estatais, indica a posição de destaque da DUDH no sistema normativo internacional e nacional relativo aos direitos humanos.

Nesse âmbito, os direitos humanos, afirmados na Declaração, são objeto de várias propostas de classificação. Uma dessas propostas, aqui adotada, consiste na classificação realizada por Donnelly (1986). De acordo com essa proposta, os direitos em tela são classificados em direitos pessoais; direitos judiciais; liberdades civis; direitos de subsistência;

5 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

direitos econômicos; direitos sociais e culturais; direitos políticos. A seguir, resume-se, sucintamente, o leque de direitos humanos classificados conforme a proposta em tela.

Integram os direitos pessoais (arts. 2º a 7º e 15): o direito à vida; à nacionalidade; ao reconhecimento da personalidade jurídica; à igualdade de proteção perante a lei; à proteção contra tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; à proteção contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa.

Os direitos judiciais (arts. 8º a 12) referem-se: ao acesso a remédios por violações de direitos reconhecidos em lei; à presunção da inocência; à garantia de um processo público, imparcial, dirigido por um tribunal competente e independente; à irretroatividade das leis penais; à proteção contra prisões ou exílios arbitrários; à proteção contra ingerências na privacidade, na família, no domicílio, na correspondência, na reputação.

As liberdades civis (art. 13 e arts. 18 a 20) consistem nas liberdades de: circular livremente no território de um Estado; pensamento; consciência; religião; reunião e associação pacíficas.

Os direitos de subsistência (art. 25) referem-se aos direitos à alimentação e a um padrão de vida adequado; à saúde e ao bem-estar próprio e da família.

Integram os direitos econômicos (arts. 22 a 26): o direito ao trabalho, com remuneração equitativa e condições adequadas; à associação sindical; ao descanso e ao lazer. Nesta classificação, o autor exclui o direito à propriedade, regulado no artigo 17 da Declaração Universal.

Os direitos sociais e culturais (arts. 26 a 28) são constituídos pelos direitos à educação; à participação livre na vida cultural da comunidade e nos resultados do progresso científico.

Os direitos políticos (art. 21) referem-se: à participação livre no governo, por intermédio de representantes eleitos; ao acesso, em condições de igualdade, às funções públicas.

Os direitos humanos, reconhecidos na Declaração, ainda podem ser relacionados em dois grupos: os direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) e os direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 22 a 28) (ALVES, 2007). Esta categorização é largamente utilizada na doutrina e na jurisprudência internacionais de direitos humanos.

Distinguem-se, na DUDH, o preâmbulo, no qual se encontram as motivações políticas, consistindo na base da Declaração, e trinta artigos. Nestes, são objeto de regulação os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Adota-se a concepção de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (DUDH, art. 1), afirmando-se a perspectiva de que os direitos humanos consistem em direito de todos, sem distinção alguma (art. 2).

Em relação à matéria *educação*, esta é discutida, inicialmente, no preâmbulo. Nesta parte, destaca-se que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (DUDH, PREÂMBULO). Assim, explicita-se, mais uma vez<sup>6</sup>, a referência às atrocidades cometidas aos seres humanos no contexto da Segunda Grande Guerra. Relaciona-se a ocorrência de violações aos direitos humanos à ausência de conhecimento sobre esses direitos. A Declaração, portanto, confere à educação um papel relevante na construção de uma nova ordem internacional, pautada no respeito aos direitos humanos. Assim, exige-se um trabalho educativo voltado para a conscientização sobre os direitos da pessoa humana, evitando-se a ocorrência de outros atos de barbárie, tais como aqueles ocorridos no supracitado conflito mundial.

Reconhece-se, no preâmbulo da Declaração, que “una concepción común de estos derechos y libertades (...)” assume relevância fundamental para que os Estados, em cooperação com as Nações Unidas, cumpram com o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Assim, o conhecimento e a conscientização sobre os direitos humanos são colocados, reiteradamente, como uma forma de prevenção de novas violações a esses direitos.

Com base nessa compreensão, a Assembleia Geral da ONU proclama a DUDH, como um ideal comum, uma fonte de inspiração para que as nações promovam, por intermédio do ensino e da educação, o respeito aos direitos humanos. A noção de ensino remete às atividades realizadas na escola, no âmbito formal. Por sua vez, a educação compreendida como uma prática social, que se realiza além do espaço escolar, abrangendo as práticas culturais, dos movimentos sociais, o trabalho, entre outras<sup>7</sup>.

O direito à educação encontra-se regulado, na Declaração, no artigo 26:

1. toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá

6 A primeira referência explícita encontra-se na Carta das Nações Unidas.

7 Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9.394/96, em seu artigo 1º, afirma-se uma concepção ampla de educação, sendo esta compreendida como uma prática social que extrapola os ‘muros’ da escola, não obstante a referida Lei regular as práticas que se desenvolvem, predominantemente, em espaços escolares.

el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

A educação é afirmada como um direito de todos. Segue-se, assim, a perspectiva assumida pelas Nações Unidas de que os direitos humanos são para todos, sem distinção de raça, etnia, sexo, idioma, religião, opinião política, nacionalidade, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição (CARTA DA ONU, art. 1; DUDH, art. 2).

No ordenamento jurídico nacional, a concepção de que a educação é um direito de todos é reiterada na Constituição Federal de 1988 (CF, 1988):

a educação, direito de todos e dever do Estado e da família<sup>8</sup>, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CF/88, art. 205).

Não obstante a afirmação da concepção de educação como um direito de todos, reconhece-se, de forma restrita, o princípio da gratuidade. Este princípio deve nortear toda a educação, mas estabelece-se que essa gratuidade deve ser concretizada pelo menos na instrução elementar e fundamental.

No ordenamento jurídico nacional, há uma especificidade. A gratuidade é reconhecida como um princípio, de hierarquia constitucional, que deve nortear toda a educação pública. Consiste, como afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski, em parecer de 2008, em núcleo axiológico do sistema de ensino brasileiro. Portanto, não se restringe a uma etapa da educação, devendo está presente na educação básica e superior. É o que se afirma na CF, art. 206, IV: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) IV- gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais (...)”.

A afirmação da obrigatoriedade é enfática na Declaração de 1948, referindo-se à instrução elementar. No caso brasileiro, a obrigatoriedade incide na educação básica, esta compreendida como obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos, assegurada sua oferta gratuita para todos aqueles que não tiveram acesso na idade própria<sup>9</sup> (CF, art. 208, I). O acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui direito público subjetivo e o seu não-oferecimento ou sua oferta irregular por parte do Estado implica em responsabilidade da autoridade competente (CF, art. 208, §§ 1º e 2º).

8 Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), essa relação se inverte, passando a educação a se constituir, primeiramente, em dever da família (art. 2º).

9 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009.

O ensino profissionalizante, conforme a DUDH, deverá ser generalizado. No caso brasileiro, essa modalidade de ensino não é contemplada no art. 208 da CF, artigo que regula o dever do Estado em relação à educação. Na LDB/96, no Capítulo III, é feita referência à educação profissional, que deve ser oferecida de forma integrada às diferentes formas de educação e visa ao desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva (art. 39).

Na DUDH, o acesso aos estudos superiores é possibilitado, de forma igual, a todos, orientando-se pelo mérito individual. Na CF/88, o acesso aos níveis mais elevados de ensino pauta-se na capacidade individual. Reitera-se, a concepção de educação superior como um direito de todos, cujo acesso depende da capacidade do indivíduo. Retira-se, assim, a responsabilidade do Estado de garantir o acesso aos estudos superiores, colocando essa responsabilidade para o indivíduo.

Na Declaração, também, são colocados os objetivos da educação. Esta deverá promover o desenvolvimento da personalidade humana. Tendo como referência os propósitos das Nações Unidas, a educação deve fortalecer o respeito aos direitos humanos e colaborar nas atividades da ONU em prol da manutenção da paz. Aos pais cabe a escolha do tipo de educação para os seus filhos, colocando-se para a família a responsabilidade de participar do processo educativo. Nesse caso, a LDB (1996) é enfática ao afirmar que a educação constitui, primeiramente, dever da família (art. 2º).

Percebe-se que o reconhecimento do direito à educação, na DUDH, se dá de forma ampla, abarcando várias etapas e níveis de educação. Entretanto, esse reconhecimento não ocorre de maneira igual, restringindo-se à garantia desse direito para os níveis elementares, deixando a responsabilidade de acesso aos níveis superiores para o indivíduo, com base no critério do mérito individual. No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso aos estudos superiores pauta-se na capacidade individual, não obstante a adoção de sistema de cotas no acesso à universidade pública, cuja constitucionalidade foi decidida pelo STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 186, cujo julgamento ocorreu em 2012<sup>10</sup>. Posteriormente, foi aprovada a Lei nº 12.711, em 2012, a chamada Lei de Cotas, garantindo a reserva de vagas para alunos oriundos do ensino médio público no acesso à educação superior pública brasileira.

---

10 ADPF proposta pelo partido político Democratas (DEM) contra atos administrativos da Universidade de Brasília, a qual instituiu um programa de cotas raciais para o acesso à universidade. Na ação, o DEM alega ofensa à CF (1988), precisamente, aos artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 37, *caput*; 205; 207, *caput*; e 208, inciso V. O Ministro Relator do caso, em seu voto apreciando a matéria, decide: “(...) considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF” (LEWANDOWSKI, 2012).

Percebe-se que a educação, na DUDH, assume papel fundamental no desenvolvimento dos propósitos das Nações Unidas: promoção do respeito aos direitos humanos, por meio de um trabalho educativo de conhecimento e de conscientização; atividades em prol da manutenção da paz e da segurança internacionais, por intermédio, inclusive, da cooperação de caráter científico e educacional, liderada pela UNESCO.

A afirmação do direito à educação na DUDH, mesmo não se constituindo em obrigações de caráter convencional para os Estados, influencia, como visto, a regulação desse direito nos ordenamentos jurídicos nacionais. Questões referentes à gratuidade, obrigatoriedade, colocadas na Declaração, repercutem na configuração do dever do Estado em matéria educacional. No caso brasileiro, não obstante a obrigatoriedade se restringir à educação básica, o princípio da gratuidade constitui uma referência fundamental do sistema de ensino brasileiro, abarcando todas as etapas do percurso educacional em estabelecimentos oficiais.

### **3. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Direito à Educação**

A atualização da DUDH realiza-se por intermédio da elaboração de novos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966. A decisão da Assembleia das Nações Unidas, em 1951, de elaborar dois Pactos, ao invés de um, indica a tensão, presente à época, entre duas teses existentes acerca da aplicabilidade entre os diferentes conjuntos de direitos humanos, como, também, a ocorrência de conflitos de caráter ideológico - que influenciaram os trabalhos preparatórios dos referidos Pactos - conflitos liderados pelos dois blocos político-econômicos da Guerra Fria: o bloco capitalista, encabeçado pelos Estados Unidos, e o bloco comunista, sob a liderança da então União Soviética (CANÇADO TRINDADE, 1997).

No contexto de formulação dos Pactos de 1966, vigorava a perspectiva de que os direitos civis e políticos eram dotados de aplicabilidade imediata, restando aos Estados, no tocante à efetivação desses direitos, obrigações de cunho negativo. Ou seja, esses direitos, para serem aplicados, exigiam, apenas, a abstenção por parte do Estado, deixando uma margem de liberdade de atuação individual para a concretização dos direitos civis e políticos. Por sua vez, os direitos econômicos, sociais e culturais eram compreendidos como direitos passíveis de aplicação, apenas, progressiva, requerendo, para a sua efetivação, a prestação estatal positiva (CANÇADO TRINDADE, 1997).

Entretanto, essa dicotomia quanto à aplicabilidade dos direitos humanos, ainda na época dos trabalhos preparatórios, não se apresentava de forma absoluta. Conforme

Cançado Trindade (1997), o PIDCP prevê a possibilidade de aplicação progressiva de tais direitos, como o PIDESC contém dispositivos suscetíveis de aplicação imediata.

A distinção entre as diferentes categorias de direitos humanos, consolidada na elaboração dos Pactos, é reflexo, portanto, da bipolaridade, sobretudo de base ideológica, entre Estados Unidos da América e a então União Soviética, no início dos anos cinquenta do século XX, momento em que se iniciam os trabalhos preparatórios dos referidos Pactos. Nas palavras de Cançado Trindade “(...) o então ‘grupo ocidental’ enfatizava os direitos civis e políticos, ao passo que o então ‘bloco socialista’ privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais” (1997, p. 355).

A categorização supracitada não foi antecipada nos trabalhos preparatórios da DUDH de 1948, pois os diferentes - mas indivisíveis - direitos humanos constavam na mesma Declaração, não obstante a ênfase nos direitos do indivíduo, reflexo das Revoluções liberais-burguesas do século XVIII. Na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem<sup>11</sup>, também de 1948, produto do trabalho legislativo da OEA, os direitos humanos são afirmados, juntos, no mesmo instrumento.

Os Pactos de 1966 foram preparados à luz da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos e contêm força jurídica convencional, vinculando os Estados-partes nos referidos tratados (REZEK, 2008). Essa característica amplia as obrigações dos Estados em relação aos direitos reconhecidos nos Pactos, tal como o direito à educação, regulado no PIDESC.

No PIDESC, mais especificamente no preâmbulo, é feita referência explícita à Carta da ONU, cujos princípios constituem a base de elaboração do Pacto. A Carta, também, é citada para realçar as obrigações dos Estados no tocante à promoção do respeito aos direitos humanos, assumidas, primeiramente, no instrumento constitutivo da ONU.

Tendo por base a DUDH (1948), o PIDESC enfatiza a necessidade de criação de condições para que o ser humano usufrua dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto como dos direitos civis e políticos. O gozo dos diferentes direitos humanos constitui condição para que o ser humano seja liberado do temor e da miséria.

Os direitos protegidos no PIDESC recaem, em sua maioria, na competência das agências especializadas das Nações Unidas, tais como a OIT e a UNESCO. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado por resolução do ECOSOC, face à omissão do PIDESC, assume a responsabilidade de supervisionar as obrigações dos Estados-partes em relação aos direitos reconhecidos no referido Pacto. Na prática, o Comitê, após examinar os relatórios dos Estados, adota as denominadas ‘*concluding observations*’,

---

11 Declaração que se antecipou em alguns meses à DUDH, sendo influenciada por seus trabalhos preparatórios.

estruturadas em cinco seções: introdução, aspectos positivos, fatores e dificuldades que impossibilitam a implantação do Pacto, preocupações principais e recomendações (CANÇADO TRINDADE, 1997). O Comitê, portanto, após o exame dos relatórios enviados pelos Estados, indica recomendações para que os entes estatais efetivem as obrigações assumidas no Pacto em análise.

A tese das obrigações mínimas dos Estados em relação à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais ainda é a perspectiva dominante na elaboração dos documentos internacionais relativos a esses direitos. Por exemplo, o trabalho do Comitê responsável pela supervisão do referido Pacto, quando do não cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado-parte, focaliza-se na formulação de observações gerais sobre a situação de determinado direito. Observações e recomendações que não possuem a mesma força jurídica de sanções.

A formulação do texto legal do instrumento jurídico em análise baliza essa ideia das obrigações mínimas, como se observa a seguir:

1. cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) (PIDESC, art. 2).

As obrigações contraídas pelos Estados devem ser concretizadas até o máximo dos recursos estatais disponíveis e de forma progressiva, deixando margem para os Estados decidirem as suas prioridades em relação à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. No tocante ao direito à educação, essa tese marca a sua presença, como se observa na leitura do artigo 13 do PIDESC.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. (...). 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de

instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente (...).

Não obstante o direito à educação ser reconhecido de forma extensa, inclusive abrangendo aspectos não contemplados na DUDH, o exame de cada item indica que a tese das obrigações mínimas e da aplicação progressiva ainda marcam a sua presença. Primeiramente, afirma-se, como na Declaração de 1948, a educação como um direito de todos. Posteriormente, enfatiza-se o direito à educação no tocante a cada etapa do percurso educacional.

A educação obrigatória e gratuita consiste no ensino elementar, tal como afirmado na DUDH. No tocante ao ensino secundário, incluindo nesse nível a instrução técnica e profissional, reconhece-se a necessidade de sua generalização e acessibilidade a todos. Entretanto, o PIDESC amplia esse direito, ao afirmar a implantação da gratuidade, de forma progressiva, neste nível de ensino. Difere, portanto, nesse aspecto, da DUDH. Reconhece-se o direito das pessoas que não concluíram o ensino primário de prosseguir seus estudos na educação fundamental, mas utiliza-se, novamente, a assertiva “na medida do possível”. Enfatiza-se a necessidade de implantação de um sistema de bolsas e a melhoria contínua das condições de trabalho do docente, aspectos não afirmados na DUDH.

O ensino superior deve ser, igualmente, acessível a todos, com base na capacidade individual, reiterando-se, como na DUDH, a perspectiva do mérito como critério de acesso a esse nível de escolarização. Compreende-se a educação superior como um direito de todos, mas o seu acesso pauta-se no critério da capacidade da cada um.

São reconhecidos aspectos do direito à educação não enfatizados na Declaração de 1948, tais como: implantação progressiva da gratuidade no ensino secundário e no ensino superior; garantia do direito das pessoas jovens e adultas a concluírem o ensino fundamental; bolsas de estudo; melhoria das condições de trabalho do corpo docente. Por sua vez, reitera-se a capacidade individual como critério de acesso à educação superior.

Nesse âmbito, consideram-se como elementos exigíveis do direito à educação, sendo, portanto, de aplicação imediata: o direito à educação primária obrigatória e gratuita; a liberdade de escolha em matéria educacional; o direito de acesso à educação, sem qualquer discriminação. O ensino secundário e o ensino superior, cuja obrigatoriedade e gratuidade constituem princípios de aplicação progressiva, ainda não podem ser totalmente exigíveis.

No caso brasileiro, constituem aspectos do direito à educação de aplicação imediata: educação básica obrigatória e gratuita; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, em todas as etapas de educação, da educação básica a superior; a liberdade de escolha dos pais da educação de seus filhos; a liberdade religiosa no processo educacional; a liberdade de escolha dos métodos pedagógicos.

Configura-se, dessa forma, a existência de um núcleo fundamental no tocante ao direito à educação, que é plenamente exigível. Assim, a tese da aplicação, apenas, progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais não se concretiza de forma absoluta, devendo ser considerada após a realização de exame cauteloso da matéria em pauta, em suas diferentes nuances.

#### 4. Conclusões

A análise da normativa internacional focalizou a afirmação da educação como um direito humano a partir da Declaração Universal de 1948 e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Reconhecida, no Preâmbulo da Declaração, a educação assume papel central na construção da nova ordem internacional do Pós-Guerra, liderada pelos Aliados, vencedores do conflito mundial. Ao enfatizar que o desconhecimento sobre esses direitos contribuiu para as violações de direitos humanos, sobretudo nos campos de concentração nazista, a Declaração realça, pelo menos, uma tarefa fundamental para a educação: a de promotora de valores compatíveis com uma sociedade pautada nos direitos humanos e na paz entre os Estados. Por outro ângulo, mas complementar à tarefa fundamental supra, é reconhecido o direito à educação a todos, do ensino elementar aos estudos superiores. Estes últimos pautados no acesso com mérito. Questões chave reiteradas no Pacto de 1966.

Confrontando essa normativa internacional com a regulação interna, percebe-se uma incorporação dessas questões na CF de 1988 e na LDB de 1996. Entretanto, em alguns aspectos, a normativa nacional avança em termos dos conteúdos que compõem o direito à educação, sobretudo no tocante à gratuidade e à obrigatoriedade. Esse fato indica, portanto, que os instrumentos internacionais de direitos humanos constituem um parâmetro mínimo de proteção, tendo a educação como um direito proteção mais ampliada na normativa nacional brasileira.

#### 5. Referências

- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 500.171-7, de 13 de agosto de 2008. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, p. 1014-1029, 2008.

- \_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 186, Distrito Federal. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Lei de Cotas.** Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm). Acesso em: 28 de maio de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** V. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis, **International organization**, Massachusetts Institute of Technology, 40, 3, p. 599-642, Summer, 1986.
- ONU. **Recopilación de instrumentos internacionales.** Instrumentos de carácter universal. Volumen I (primera parte). Nueva York y Ginebra, 1994.
- \_\_\_\_\_. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966). In: ONU. **Recopilación de instrumentos internacionales.** Instrumentos de carácter universal. Volumen I (primera parte). Nueva York y Ginebra, 1994.
- \_\_\_\_\_. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948). In: ONU. **Recopilación de instrumentos internacionales.** Instrumentos de carácter universal. Volumen I (primera parte). Nueva York y Ginebra, 1994.
- \_\_\_\_\_. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Firmada en San Francisco el 26 de junio 1945. Disponível em: [www.unhcr.org/refugees/refugees.html](http://www.unhcr.org/refugees/refugees.html). Acesso em: 23 de maio de 2015.
- POOLE, Hilary (org.). *et al.* **Direitos humanos: referências essenciais.** Tradução de Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.
- RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais.** 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- UNESCO. **Los Derechos del Hombre**— estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal reunidos por la UNESCO. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I.

# O EXERCÍCIO FRATERO DAS IDENTIDADES DE GÊNERO: A TRANSEXUALIDADE PARA ALÉM DA LIBERDADE E DA IGUALDADE

---

CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO

Mestre em Relações Internacionais; Mestre em Direito Constitucional (UFRN); Professor efetivo em regime de dedicação exclusiva do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-árido – UFERSA; Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

OLGA MARIA BOSCHI AGUIAR DE OLIVEIRA

Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México (UNAM). É professora Titular do Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – BRASIL. É Pós-Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Málaga/Espanha. Está credenciada como professora permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito nos níveis de Mestrado e Doutorado do CCJ/UFSC. Coordena dos Núcleos de Pesquisa “Direitos Sociais e Sistema de Justiça” e “Direito e Fraternidade”, do CCJ/UFSC, vinculados ao Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

## Resumo

Visibilidade e invisibilidade são palavras muito significativas para a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersex - LGBTTI. Compor esta “sopa de letras” que representa a comunidade sexo-diversa significa transitar, ao longo da vida, entre a invisibilidade e a visibilidade. Para lésbicas e gays, ser visível implica assumirem publicamente sua orientação sexual; para as pessoas transexuais, travestis, transgêneros e intersex, a visibilidade é compulsória em determinada altura de suas vidas, uma vez que, ao contrário da orientação sexual, que pode ser ocultada pela mentira, pela omissão ou pelo “armário”, a identidade de gênero é vivenciada pelas pessoas “trans”, como um estigma que não se pode ocultar, como acontece com a cor da pele, para os negros e negras. No presente trabalho buscaremos analisar o exercício das identidades “trans” partindo da premissa de que o livre trânsito entre os gêneros não pode ser tratado como uma questão ligada à sexualidade humana, ou seja, à orientação sexual do sujeito, mas sim a partir de uma perspectiva de gênero, o que nos levará a entender este tema como um fato ligado à

identidade e não a enfermidades psicológicas. Também analisaremos a contribuição que o princípio da fraternidade pode dar ao exercício de tais identidades, tendo em conta a constatação de que a liberdade e a igualdade (integrantes da tríade revolucionária francesa) não se prestam, isoladas, a tanto. No referente à metodologia adotada, optou-se pelo método de abordagem indutivo e como método de procedimento o monográfico, utilizando-se como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica.

## **Palavras-chave**

Gênero; Identidade; Transexualidade; Fraternidade.

## **Abstract**

Visibility and invisibility are very meaningful words to the community of lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex - LGBTTI. Compose this “alphabet soup” that represents the sex-diverse community means transit, lifelong, between invisibility and visibility. For lesbians and gays be visible implies publicly assume their sexual orientation; for transsexuals, transvestites, transgender and intersex people, visibility is compulsory at some point in their lives, since, unlike sexual orientation, which can be concealed by a lie by omission or by “closet”, the identity of Gender is experienced by people “trans” as a stigma that can not be hidden, as with skin color, for black men and women. In this paper will seek to analyze the performance of identities “trans” on the premise that free traffic between genders can not be treated as an issue linked to human sexuality, namely sexual orientation of the subject, but from a gender perspective, which will lead us to understand this issue as a fact linked to identity and not to psychological disorders. Also we analyze the contribution that the principle of fraternity can give to the exercise of such identities, taking into account the fact that freedom and equality (members of the French revolutionary triad) do not lend, isolated in both. With regard to methodology, we opted for the inductive approach method and procedure as the monographic method, using as a data collection technique the literature.

## **Key words**

Gender; Identity; Transsexuality; Fraternity.

## **1. Introdução**

Quando a palavra gênero está presente no título de algum trabalho científico não é raro encontrarmos pessoas que imaginem ser aquele texto uma discussão sobre mulheres, suas posições no mercado de trabalho, questões de violência doméstica e familiar, etc. Isso se dá porque a partir dos movimentos feministas emergentes no mundo, nas décadas de

50 e 60 do século passado, as mulheres passaram a reivindicar formalmente os mesmos lugares públicos e políticos hegemonicamente preenchidos por homens, sob a bandeira de uma igualdade de gênero que superasse as diferenças anatômicas entre os sexos. Com base nisso o termo “gênero”, durante as décadas posteriores foi lido como sinônimo da luta diuturna de mulheres pela ocupação dos espaços públicos.

As reivindicações dos movimentos identitários<sup>1</sup> que surgiram sobremaneira no século XX, iniciaram um processo de questionamento dos papéis sociais atribuídos a homens e mulheres, seja em termos políticos seja em torno da desconstrução de todo conhecimento que já se havia produzido sobre esse tema. É a partir daí que se abriu caminho para a (re) discussão do que se entendia sobre o sexo (anatomia), o gênero (vivência social das experiências de masculinidade e feminilidade) e a própria sexualidade humana (orientação sexual), pois a construção histórica sobre estes temas revelou serem seus conceitos insuficientes, limitados e excludentes.

Gênero, então, passa a ser encarado como um dado social, uma construção histórica formada por um conjunto de regras e de padrões de construção corporal e social que geram uma identidade social nas pessoas, resultando daí identidades masculinas e femininas, bem como aquelas que se desviam dessa norma, a exemplo da efeminação, androgenia, masculinização etc (PRECIADO, 2002, p. 38). O gênero, pois, significa que homens e mulheres serão produto de uma interação social e, dependendo de qual contexto se analise, o que se designa por masculino e feminino variarão enormemente; mas, acima de tudo, significa que cada sociedade cria modos legítimos de ser homem e de ser mulher, efetivando determinadas hierarquias entre essas identidades. É nessa perspectiva que surge a questão das pessoas que reivindicam o trânsito entre os gêneros.

No presente trabalho buscaremos analisar o exercício das identidades “trans”<sup>2</sup> partindo da premissa de que o livre trânsito entre os gêneros não pode ser tratado como uma questão ligada à sexualidade humana, ou seja, à orientação sexual do sujeito, mas sim a partir de uma perspectiva de gênero, o que nos levará a entender este tema como um fato ligado à identidade e não a enfermidades psicológicas.

Faremos um estudo paradigmático sobre a vivência das identidades de gênero a partir do tripé da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade) no sentido de comprovarmos que, apesar de os dois primeiros princípios terem sido a bandeira das democracias modernas, tornando-se inclusive estandartes políticos dos Estados Democráticos, as questões de gênero não conseguiram ser resolvidas, a exemplo do papel da mulher em tais sociedades. Proporemos, por meio dessa análise, uma busca ou uma ressignificação do princípio político da Fraternidade como uma nova via para os problemas jurídicos

1 No princípio a limitação dos discursos se dava a partir da redefinição dos papéis do homem e da mulher.

2 Transexuais, transgêneros, travestis, intersex.

e legais que hoje no Brasil impedem que o trânsito entre os gêneros seja encarado como algo natural e que faz parte da autodeterminação do sujeito.

No Brasil homens e mulheres que reivindicam a vivência de um gênero que socialmente não é atribuído ao seu sexo biológico são pessoas sem selo de qualidade, sem o carimbo dos oficiais competentes. Precisam ser declaradas insanas por médicos e juridicamente constituídas como tal para exercerem sua identidade. Assim como aconteceu e ainda hoje acontece com as mulheres, o coletivo de transgêneros precisa ocupar os espaços, precisa de visibilidade social e jurídica, e é em razão disso que nos debruçamos sobre o presente tema. Sejam todos e todas muito bem-vindos a essa sopa de letrinhas, que ora inclui, ora exclui, mas que também nos mostra que o respeito à diversidade humana é a pedra de toque para que possamos chegar a um Estado Fraternal de Direito.

## 2. A Questão da Transexualidade sob uma Perspectiva de Gênero

Na década de oitenta, ainda quando o Brasil vivia sob o regime de uma ditadura militar, uma notícia publicada na capa da Revista Manchete, no mês de maio de 1984, trouxe para cena nacional um debate público sobre questões de gênero<sup>3</sup> e de sexualidade<sup>4</sup>. A reportagem principal do tabloide dizia: “A mulher mais bonita do Brasil é um homem”. Desde o momento em que a revista começou a ser entregue aos assinantes e disponibilizada para venda nas bancas de jornal, pela primeira vez na história do país a sociedade começa a se deparar com as confusões de gênero em nível midiático.

O nome Roberta Close reverberou pelo país adentro despertando a curiosidade das pessoas que admiravam e examinavam de forma incrédula aquele corpo, buscando sinais de masculinidades. Trabalho em vão: era impossível encontrá-los. Durante muitos anos Roberta reivindicou o exercício de sua identidade de gênero, afirmando ser uma mulher transexual, todavia, sem muita pressa, a justiça sempre lhe negava tal direito, fazendo com que durante anos ela tivesse que se submeter ao constrangimento de portar documentos civis que negavam sua existência dentro da sociedade. Havia quem a considerasse um homossexual, eis que naquela época não se concebia a diferença que hoje já é pacificada entre a sexualidade humana e o gênero e suas identidades<sup>5</sup>.

3 Os estudiosos das Ciências Sociais produziram o gênero com vistas a distinguir a dimensão biológica (sexo) da social (gênero), tendo por base o pensamento de que a maneira de vivenciar as experiências de ser homem e ser mulher são criadas não a partir da biologia, mas sim da cultura. Do mesmo modo, CRUZ entende “[...] por gênero o conjunto de normas, valores, conceitos e práticas através das quais as diferenças biológicas entre homens e mulheres são culturais e simbolicamente significadas” (2012, p.28).

4 A sexualidade humana pode ser entendida como a pré-disposição de determinado sexo biológico a sentir-se atraído pelo outro, gerando a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade.

5 Transexualidade, travestismo, dragqueens e kings.

O problema da sociedade, em especial dos profissionais de saúde, juízes, advogados, professores, amigos e familiares em lidar com questões ligadas ao exercício das identidades e gênero revelam como as convenções sociais são as responsáveis pela construção das masculinidades e feminilidades, limitando o gênero à genitália concebida a partir do sexo biológico<sup>6</sup>. Essa limitação simplista gera necessariamente transtornos identitários, o que nas palavras de BENTO (2008, p. 13), “explicitam e esbarram nos limites dessa concepção”.

Na história mundial é possível encontrarmos vários exemplos que demonstram como as permissões para a mobilidade entre os gêneros masculino e feminino, nos três últimos séculos, mudaram consideravelmente. A doutrina especialista em estudos de gênero<sup>7</sup> aponta, quase que em unanimidade a história de Chavelier Charles D’Eon Beaumont como um expoente para demonstrar como as sociedades dos séculos XVII e XVIII lidavam com tal mobilidade. Beaumont era considerado um excelente espadachim e, em razão disso, a convite do então rei da França Luís XV, integrou o serviço secreto de seu país. FRIEDLI (1999, p. 55) afirma que durante 49 anos a sociedade francesa acreditou que Beaumont era uma mulher que algumas vezes se vestia de homem, sendo pública essa dúvida sobre o seu sexo, inclusive desencadeando apostas em locais públicos e privados, gerando grandes rumores à época. Segundo FARRER (2002, p. 2):

Ele nasceu em Tonnerre, Burgundy, há 70 milhas de Paris, em 5 de outubro de 1728. Ele se formou em direito. Ele sempre esteve próximo à Corte Francesa, servindo ao seu país como um diplomata e soldado, como membro do serviço secreto de Luis XV (o serviço secreto de Luis). A guerra dos 7 anos começou na Europa quando Frederick II invadiu o terreno Anglosaxônico em 27 de Agosto de 1756. A partir de 1756 até 1760 D’Eon iniciou uma renovação da aliança entre França e Rússia. Ele então lutou com distinção na campanha de 1761 como um capitão de dragões. Em 1762 ele foi para a Inglaterra para dar assistência ao Duque de Nivernais na negociação do Tratado de Paris que foi assinado em 10 de fevereiro de 1763. D’Eon foi condecorado com a cruz de St. Louis<sup>8</sup>.

6 As Ciências Sociais quando tentam definir o que é o sexo humano socorrem-se de dados físicos e biológicos, os quais demarcam como característica do sexo a existência de um aparelho genital, cujo traço diferenciador entre eles produz as perspectivas humanas dos machos e fêmeas. Durante quase a totalidade da história moderna o sexo era responsável pelo modo como as pessoas agiam, pensavam e sentiam, no entanto esse dado biológico, como até então concebido, não era capaz de distinguir os diferentes níveis de realidade desses fenômenos, tarefa conferida ao gênero, cujo conceito é construído culturalmente para dar sentido ao sexo anatômico - construção social.

7 Para aprofundar esse tema consultar BUTLER (1993).

8 Tradução livre de: He was born in Tonnerre in Burgundy about 70 miles out heats of Paris on October 5th, 1728. He qualified in law. He was well connected and came to the notice of the French court, serving his country as a diplomat and soldier and also as a member of Louis XV’s secret service, “Le Secret du Roi.” The Seven Years’ War began in Europe when Frederick II invaded Saxony on August 29th, 1756. From 1756 to 1760 d’Eon played an important part in renewing the alliance between France

BENTO (2008, p. 16) narra que seja para melhor exercer suas funções de espião a serviço da coroa, incumbido de complexas missões em países como Inglaterra e Rússia, ou mesmo porque ele se sentia confortável em ser reconhecido socialmente como uma mulher, Charles D'Eon/Madame Beaumont não teve sua posição ameaçada perante a corte francesa. Havia grande tolerância por parte do rei e da própria sociedade da época com a dúvida plantada sobre o sexo daquele alto funcionário público, o que nos faz concluir que a relação entre o corpo e gênero que norteava a definição do que era feminino e masculino não estava atrelada à genitália. Madame Beaumont morreu aos 82 anos.

Vincular comportamento ao sexo, gênero à genitália e a partir daí definir o feminino pela presença de uma vagina e o masculino pela presença de um pênis é uma construção do século XIX, quando, segundo FOUCALT (1985, p. 65) “o sexo passou a conter a verdade última de todos nós”. Nesse século começam a desaparecer da vida pública estas pessoas que reivindicavam o trânsito entre os gêneros, quando então elas passam a ser encontradas em livros de medicina e também nas clínicas de psiquiatria, como doentes, pois o sistema binário que opõe o masculino ao feminino produziu e reproduziu a ideia de que o gênero, segundo BENTO (2008, p. 17), “reflete e espelha o sexo e que todas as outras esferas constitutivas dos sujeitos estão amarradas a essa determinação inicial”. Assim, segundo esta autora, a natureza é a responsável pela construção da sexualidade e também responsável pelo posicionamento dos corpos de acordo com as “supostas” disposições naturais (BENTO, 2008, p. 17-18).

Mas é no século XX que as chamadas ciências “psi” se revelam como detentoras de saberes exclusivos capazes de desvendar os mistérios que podem levar um ser humano de um sexo a reivindicar o reconhecimento social que comumente é dado a outro. Essa apropriação nos remete a concluir que o trânsito entre os gêneros nas sociedades ocidentais é, a partir daí encarado como doença.

BUTLER (1993, p. 77) adverte que quando nos remetermos às experiências de trânsito entre os gêneros, faz-se importante que não realizemos uma análise presentista, que segundo ela é caracterizada pela universalização de uma série de pressupostos, sem levar em conta as condições históricas e culturais. É nesse sentido que, ao contrário do que projeta a medicina e as ciências “psi”, entendemos o fenômeno transexual como uma experiência identitária, que é caracterizada pelo conflito entre normas de gênero, desvinculando essa identidade da sexualidade e ligando-a, em definitivo ao gênero.

---

and Russia. He then fought with distinction in the 1761 campaign as a captain of dragoons. In 1762 he went to England to assist the Duc de Nivernais in negotiating the Treaty of Paris which was signed on February 10th, 1763. D'Eon was awarded the Cross of St. Louis.

- 9 Por ciências “psi” entende-se a Psicologia, a Psiquiatria e a Psicanálise. Fazemos a ressalva de que essa afirmação é relativa, pois dentro de tais ciências que tratam do assunto de outra forma.

BENTO (2008, p. 19-20) afirma que a experiência transexual não é um desdobramento da sexualidade, mas sim de uma ordem de gênero. Assevera que a partir dos anos de 1950, quando se “criou” um saber clínico-médico sobre esta experiência identitária, a ciência se deparou com a impossibilidade de objetivamente determinar se a pessoa que está a reivindicar uma identidade transexual é “um/a transexual de verdade”, isto porque a pessoa que se identifica como transexual não possui qualquer tipo de alteração cromossômica ou de qualquer outro tipo, restando à tais ciências inserirem a transexualidade no conceito de transtorno psicológico.

Como, então, ter certeza se uma pessoa é realmente transexual? É nesse momento que as ciências “psi” criam procedimentos falhos para determinar se a pessoa que se diz transexual é realmente transexual, obtendo as respostas perseguidas a partir de convicções individuais hegemônicas para os gêneros, ou seja, as definições do que seja um/a homem/mulher de “verdade” se extraem e refletem nas definições do que seja um/a transexual de “verdade”, fazendo com que essa concepção acerca da transexualidade seja utilizada pelos juristas no momento de, por exemplo, autorizar a mudança registral do nome e do gênero nas respectivas certidões de nascimento. E como isso se concretiza?

Para as ciências “psi”, durante muito tempo, a demanda das pessoas transexuais em realizar cirurgias de transgenitalização foi interpretada como uma necessidade de ajustar o corpo biológico para que se pudesse existir uma real unicidade entre o gênero e a sexualidade. Em síntese, a mulher transexual precisaria ter uma vagina, para então receber o pênis e o homem transexual demandaria um pênis para que sua masculinidade fosse assegurada; se a mulher é socialmente adjetivada como passiva e frágil e o homem como ativo e competitivo, por uma logicidade cultural, se esperará que os/as transexuais implementem esse padrão. São essas as convenções que hoje orientam os profissionais de saúde e do Poder Judiciário quando se aproximam de pessoas transexuais.

Como já mencionado anteriormente, as ciências “psi” encaram a transexualidade como uma doença psíquica, ligando-a à sexualidade, ou seja, ao fato de que toda pessoa transexual seja homossexual, quando em verdade, a transexualidade está ligada às experiências de gênero, o que não necessariamente leva à realização de cirurgias de redesignação, uma vez que estas são encaradas por tais ciências como uma forma de adequar a pessoa “trans” aos padrões de masculinidade e feminilidade aceitos pela sociedade, que estão baseados no binarismo sexual (homem x mulher).

É importante registrar que a interpretação de que as explicações para os comportamentos dos gêneros estão em dois corpos radicalmente diferentes, no entendimento de BENTO (2008, p. 24) “foi uma verdade que para se estabelecer e se tornar hegemônica, empreendeu uma luta contra outra interpretação sobre os corpos: o isomorfismo<sup>10</sup>”.

10 Movimento que, a exemplo do que acontecia na Renascença, entendia o corpo humano como único, sendo comum nesse período que muitos homens se vestissem de mulher, e vice-versa.

Explica a autora, respaldada na obra de Thomas Laqueur (2001), que até meados do século XVII, os anatomistas trabalhavam com a convenção de que havia apenas um corpo e pelo menos dois gêneros. Nesse sentido, “dá parecer um equívoco pensar a transexualidade com um alcance histórico para além do período onde as identidades passam a ser prisioneiras do corpo e que se desdobra na medicalização das condutas” (BENTO, 2008, p. 25).

Portanto, a transexualidade é uma das múltiplas expressões identitárias que emergem como uma resposta inevitável a um sistema que estabelece as ordens de gênero com fundamento exclusivo na diferença sexual; um sistema que organiza a vida fundamentando-a na produção do que é normal e anormal, localizando a verdade das identidades em estruturas corporais.

Aliás, os discursos científicos sobre as diferenças físicas e biológicas entre homens e mulheres, sobretudo aqueles criados nos séculos XVIII e XIX foram estabelecidos levando em conta o papel social do homem e da mulher. LAQUEUR (2001, p. 192) adverte que na segunda metade do século XVIII as diferenças anatômicas e até mesmo as fisiológicas dos sexos não eram consideradas, quando então tornou-se politicamente importante fazer uma diferenciação biológica entre ambos a partir de um discurso científico. Aduz o autor que a biologia como fundamento argumentativo da ordem moral somente aparece no fim do século XVII e ao longo dos séculos posteriores esse quadro muda por intermédio de inúmeras produções científicas que passaram a ratificar a importância dessa diferenciação sexual na determinação dos comportamentos (LAQUEUR, 2001, p. 193).

FRIEDLI (1999, p. 233) afirma que nesse período histórico a permissão de mobilidade entre os gêneros é interrompida integralmente. Isso porque, segundo suas pesquisas, havia certa permissividade de que mulheres se vestissem e se passassem por homens, o que fez com que no século XVIII esse fenômeno crescesse consideravelmente. Na verdade, isso se deu em razão de uma resistência aos novos papéis de mãe, dona de casa e de esposa imputadas ao feminino pela modernidade.

Com efeito, a partir dessa proibição, a ciência se tornou a responsável por desfazer os “disfarces da natureza”, determinando um sexo verdadeiro, de forma que os corpos a partir de então iriam justificar as desigualdades e a hierarquia entre o masculino e o feminino, fazendo com que se perpetuasse o entendimento de que as diferenças entre homens e mulheres seriam irrelativizáveis (BENTO, 2008, p. 29).

As normas de gênero nascem, então, partindo do que se convencionou ser apropriado para os sexos. Ora, se o órgão que diferencia e qualifica o feminino é a vagina e se a vagina tem como funções servir à heterossexualidade<sup>11</sup> e à maternidade, entende-se que

11 Para Monique Wittig (1997) a heterossexualidade é um regime de poder e não uma prática sexual. A mulher não é uma identidade natural, mas uma categoria política que surge no marco do discurso heteroconcentrado.

toda mulher tem vagina, o que por este raciocínio faz com que, por exemplo, mulheres transexuais jamais consigam sair da posição de seres incompletos. Por essa concepção, que até hoje está presente na sociedade, o único lugar habitável para o feminino é no corpo das mulheres e do masculino no corpo dos homens; o masculino e o feminino só conseguem encontrar sua inteligibilidade quando ligados à diferença sexual. Este é o carma que acompanha o exercício das identidades “trans”.

Quando se afirma que a distribuição dos corpos na sociedade é um efeito das normas de gênero, faz-se necessário que se esclareça e que se aponte como tais normas são produzidas e também naturalizadas, gerando o que é ou não é normal.

O problema encarado pelo exercício da transexualidade é ratificado diariamente por meio das interações cotidianas, as quais nos pressionam a continuar reproduzindo aquilo que BENTO (2008, p. 33) chama de “naturalização do gênero e da sexualidade”.

Imagine uma mulher grávida<sup>12</sup>: conforme os meses de gestação avançam aumenta também a ansiedade para se saber qual é o sexo biológico da criança. Quando este sexo é revelado aquele corpo que era uma abstração adquire concretude: é um menino ou uma menina! Essa revelação traz consigo um conjunto de esperanças e suposições ao redor de um corpo que ainda é uma promessa (BENTO *apud* PRECIADO, 2011, p. 36). Toda eficácia simbólica das palavras proferidas pelo/a médico/a está baseada em seu poder de gerar expectativas que se materializarão em cores, brinquedos e projetos futuros.

Nasce a criança. Nesse momento aquele ser já encontra uma complexa rede de desejos para seu futuro, levando-se em conta o fato de ser um menino ou uma menina, ou seja, ser um corpo que tem uma vagina ou um pênis. BENTO enfatiza que essas expectativas são estruturadas numa “complexa rede de pressuposições sobre comportamentos, gostos e subjetividades que acabam por antecipar o efeito que se supunha causa” (2011, p. 10). Os brinquedos, as cores das roupas, inclusive os acessórios que farão parte do enxoval são comprados levando-se em conta o que seria mais apropriado para uma vagina ou um pênis.

Ocorre que não é possível afirmar que todas as crianças que nascem com uma vagina irão gostar da cor rosa ou de brinquedos que não exigem muito esforço e inteligência, ou que todas as crianças que nasçam com um pênis poderão gostar de jogar futebol ou de vestir a cor azul. Aquilo que evocamos como um dado natural, o corpo-sexuado, é resultado das normas de gênero que imperam em casa sociedade, não havendo, nesse sentido, qualquer referente natural a justificar as condutas sociais de cada sexo, já que ao nascermos encontramos as estruturas em funcionamento. BENTO afirma que o original (nós) iniciamos a vida contaminados pela cultura (2008, p. 36).

---

12 Em busca do conceito do gênero, enquanto categoria de identidade dos sujeitos, BENTO, propõe a observação de uma situação por ela chamada de “situação fundante” da humanidade (2011, p. 4).

É justamente essa interpelação menino/menina que não somente cria expectativas e gera suposições, mas também constrói os corpos. Essa construção é chamada por PRECIADO (2002, p. 39) de “teias de tecnologias de gênero”, cujo efeito é protético: faz; desenha corpos. Como explicar ou aceitar então, que um corpo-sexuado que possui um pênis queira viver sob as normas de gênero de um corpo-sexuado que possui uma vagina?

Quando o médico afirma ser o bebê um menino ele não está a descrever um menino, mas sim criando um conjunto de expectativas para aquele corpo que será construído como um menino, ou seja, ele está produzindo masculinidades e feminilidades condicionadas ao órgão genital: eis aí o porquê de a transexualidade ser um fantasma (AUSTIN, 1990, p. 20-30). Se para adentrar na categoria de humanidade o corpo precisa ser batizado com o sexo biológico e é esse sexo biológico quem dita as masculinidades e as feminilidades, é possível entender como e a partir de onde os/as transexuais são enquadrados/as como seres desumanos, gerando uma completa invisibilidade social que só se quebra quando se liga a vida dessas pessoas à prostituição.

Eis o motivo pelo qual grande parte das/os transexuais sentem necessidade de adequar suas genitálias ao gênero que socialmente expressam. A transgenitalização, em verdade, torna-se um imperativo social que tem como objetivo controlar e produzir a sexualidade normal nos corpos e a chancela que autoriza, no Brasil, esse procedimento é a patologização da identidade de gênero como um transtorno mental.

A transexualidade, então, joga na cara da sociedade que nem todos nós somos destinados a cumprir os desejos incutidos em nossas estruturas corpóreas, pois nas palavras de BUTLER (2002, p. 50-56) “há corpos que escapam” ao processo de produção dos gêneros e ao fazê-lo se põem em risco, uma vez que, desobedecem as normas de gênero, ao mesmo tempo em que revelam as possibilidades de transformação dessas mesmas normas que os perseguem.

As formas idealizadas dos gêneros geram hierarquia e exclusão. Na relação homem x mulher, as teorias feministas cuidaram em desintegrar o regime de verdades que durante muito tempo (e porque não dizer, ainda hoje) condenou as mulheres a uma morte em vida. A inscrição de princípios em textos constitucionais entregando às mulheres sua parcela de liberdade e igualdade não representou uma desconstrução desse sistema, revelando na prática a ineficiência dessa positivação, uma vez que a sociedade ainda se encontra vinculada a pensamentos que reforçam as identidades hegemônicas (do homem). A liberdade e a igualdade prevista nos textos constitucionais modernos não conseguiram resolver esse problema.

Repise-se que a inscrição de princípios (como, por exemplo, a liberdade e a igualdade), nas primeiras Declarações e Constituições modernas, limitaram/discriminaram as mulheres negando-lhes os direitos políticos e civis, impedindo assim, o exercício de uma

plena cidadania, a partir de uma visão de inferioridade e diminuição de sua capacidade intelectual reforçada por alguns filósofos Iluministas, como Jean-Jacques ROUSSEAU (2014, p. 565), que em sua obra *Emílio ou Da Educação* afirmava que

A busca das verdades abstratas e especulativas, dos princípios, dos axiomas nas ciências, tudo o que tende a generalizar as ideias não é da alçada das mulheres, pois todos os seus estudos devem ligar-se à prática; cabe a elas fazer a aplicação dos princípios que o homem descobrir, e também cabe a elas fazer as observações que levam o homem ao estabelecimento dos princípios. Todas as reflexões das mulheres naquilo que não diz respeito imediatamente a seus deveres devem visar ao estudo dos homens ou aos conhecimentos agradáveis que só têm o gosto como objeto, pois, no que se refere às obras de gênio, elas ultrapassam seu entendimento; elas tampouco têm justeza e atenção bastantes para serem bem-sucedidas nas ciências exatas; e, no que se refere aos conhecimentos físicos, cabe ao mais ativo dos dois sexos, ao mais dinâmico, que vê mais objetos, cabe ao que tem mais força e que mais a exerce examinar as relações entre os seres sensíveis e as leis da natureza.

Portanto, a liberdade e a igualdade presentes nos textos constitucionais modernos reforçaram e seguem reforçando as desigualdades e discriminações entre mulheres e homens, visto que, “cuando la Razón pasa a ser el rasgo esencialmente humano, la mujer es negada de Razón y definida como naturaleza” (MOLINA PETIT, 1994, p. 117). Desse modo, de acordo com MOLINA PETIT (1994, p. 21)

El hecho de ser – definida como – naturaleza la relega a la esfera privada, doméstica, familiar vinculada al ámbito de las necesidades. La misma Razón ilustrada que sirvió para liberar a los hombres de antiguas sujeciones sirvió para justificar la dominación de las mujeres.

Por isso, se para as mulheres heterossexuais, que por convenções sociais estão inseridas nos padrões de normalidade para o gênero esse problema ainda é recorrente, o que dizer das pessoas transexuais que em nosso país transitam pela invisibilidade legal, que é aquela que dá o ponto de partida para todas as demais, até porque se você não existe para a lei, é um sujeito sem todos os direitos, como reclamar nos demais casos?

É na busca por essa resposta que no próximo tópico se avançará na análise a partir de uma nova perspectiva que busca corrigir o que os princípios constitucionais de igualdade e de liberdade não resolveram. Pretende-se verificar em que medida o estudo da fraternidade enquanto princípio político pode contribuir para outro olhar sobre o exercício das identidades “trans”, conferindo a esta parcela da sociedade o caráter de seres humanos, ou seja, o respeito a sua dignidade e, reconhecendo os mesmos como detentores de todos os direitos e deveres.

### 3. A Contribuição da Fraternidade para a Compreensão das Identidades “Trans”

A fraternidade, ao lado da igualdade e da liberdade, compôs a tríade revolucionária que inaugurou um novo momento político na história mundial. Apesar de não ser o lema oficial da Revolução Francesa (BAGGIO, 2008, p. 7), essa expressão concretizou os anseios pelos quais grande parte da sociedade lutou para derrubar o Antigo Regime no período de 1789. Positivada apenas na Constituição do Estado Francês de 1946, essa tríade, ou valores travessou inúmeras passagens históricas, por vezes sendo esquecida, outras vezes sendo exaltada, até voltar a se impor com a vitória dos Republicanos em 1879 (BAGGIO, 2008, p. 7). Mas, de onde surgiu esse “lema cujos princípios passaram a fazer parte do pensamento liberal que possibilitou a criação das democracias ocidentais modernas?

A ideia de limitação do poder estatal não é uma criação francesa. Apesar de essa limitação ter sido uma das responsáveis pela eclosão da revolução (os excessos de privilégios para o Clero e a Nobreza), mas não a única, há passagens históricas anteriores que demonstram em geral, a insatisfação do povo com as monarquias absolutistas. A “Grande carta das liberdades ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês” é considerada o primeiro documento escrito a limitar a atuação do Estado Absolutista, ao determinar que o então rei João sem Terra, no ano de 1215, passasse a administrar a Inglaterra com base exclusivamente na lei.

A França do século XVIII era estratificada e o rei governada com poderes absolutos. Os ideais iluministas deram margens à conclamação de grande insatisfação popular, gerando um clima de antagonismo com o Antigo Regime e também um desejo de mudar a forma como o Estado era administrado. A insatisfação popular junto com as manifestações públicas foi à mola propulsora da Revolução.

Os privilégios concedidos à nobreza, ao clero e ao soberano, colocaram a França num colapso financeiro e isso somado à insatisfação popular que já se fazia presente em Paris, levou o povo às ruas sob a bandeira da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, cujo resultado mais importante segundo OLIVEIRA (2011, p. 87) foi a queda da Bastilha, uma prisão que significava a autoridade da monarquia e onde os revolucionários acreditavam que iriam encontrar armas. HOBBSAWM (1996, p. 25) afirma que após esse fato, a estrutura social do feudalismo rural francês e o próprio estado absolutista ruíram em pedaços.

Pouco mais de um mês após a queda da Bastilha a Assembleia Nacional Constituinte apresenta seu protesto formal contra a estrutura monárquica através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual se conclama o respeito à dignidade das pessoas, a liberdade e a igualdade de todos perante à lei e, dentre outros direitos, o direito à liberdade de pensamento e opinião. OLIVEIRA (2011, p. 89) afirma que essa Declaração

não era uma Petição de Direitos às liberdades verdadeiras e falsas da Idade Média como ocorreu na Inglaterra em 1215.

A liberdade, primeiro lema da tríade, expressou o desejo dos franceses em fazer com que o Estado não mais se imiscuísse na ceara privada de cada cidadão. A igualdade, como segundo lema, perseguia a eliminação de qualquer distinção hierárquica entre os homens, colocando-os em pé de igualdade perante a lei, o que não aconteceu na prática, já que, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que proclamou seus direitos individuais e as liberdades, negaram esta mesma igualdade de direitos para as mulheres, fazendo com que surgissem movimentos reivindicatórios que tratavam especificamente da luta pelo reconhecimento dos direitos civis e da cidadania política.

As promessas emancipatórias, baseadas na liberdade e igualdade dos indivíduos que compartilham como qualidade natural a Razão como motora de progresso individual e social, se formularam abstratamente em termos universalizadores, mas se revelaram excludentes quando se concretizaram normativamente (ESQUEMBRE VALDÉS, 2010, p. 136).

Por outro lado, a fraternidade, terceiro elemento, propunha uma aproximação e uma interação com os outros dois princípios, contudo, fugindo de interpretações teológicas, a fraternidade nesta trilogia adquire uma dimensão política. Por isso BAGGIO (2008, p. 8) assevera que essa trilogia introduz, ou ao menos, insinua um mundo novo em que se questiona inclusive o modo como o cristianismo entendera até então a fraternidade<sup>13</sup>. Ocorre que esse novo mundo que foi anunciado pela tríade logo em seguida decaiu, em razão do desaparecimento quase que repentino da fraternidade da cena pública. Permanecem em primeiro lugar a Liberdade e a Igualdade, que de alguma forma se tornaram visões de dois mundos e de dois sistemas econômicos e políticos que protagonizaram uma disputa de poder nos séculos subsequentes.

Liberdade e Igualdade passaram por um processo evolutivo que as levou a se tornarem categorias de caráter político, que se manifestaram ora como princípios constitucionais, ora como ideias base de vários movimentos políticos; à fraternidade não se entregou a mesma sorte, e o pensamento democrático se manteve em silêncio a seu respeito (BAGGIO, 2008, p. 9).

É fato que ambos os princípios não se estenderam em sua totalidade, quando analisados fora dos textos legais. Há quem diga que a não realização da igualdade e da liberdade, incluso em países mais desenvolvidos, é fruto justamente da não aplicação das ideias de fraternidade, que foram totalmente abandonadas. BAGGIO aduz que é como se a trilogia francesa fosse comparada às pernas de uma mesa: “são necessárias todas as três

<sup>13</sup> Cite-se o dever de hospitalidade, a fraternidade monástica, as obras de solidariedade social.

para que ela se sustente” (2008, p. 18). Nesta afirmação, com a qual se concorda a fraternidade, então, poderia se tornar efetivamente uma espécie de terceira categoria política, ao lado da liberdade e da igualdade, para completar e dar novos ares aos fundamentos e às perspectivas das democracias, gerando um dinamismo de relações que criaria significados inexplorados?

A inserção da fraternidade como terceira categoria política, primeiro, deve remover as interpretações dominantes e redutivas do pensamento liberal e individualista sobre o seu significado, o que, na França de século XVIII promoveu uma espécie de desconfiança a seu respeito, impedindo desta forma a sua inclusão.

Uma das interpretações atribuídas a ela é a fraternidade de classe. Há casos na história, sobretudo do século XX, em que em nome de uma fraternidade de classe, alguns regimes políticos negaram a outros a liberdade, como ocorreu com a Hungria e a Tchecoslováquia, onde as tentativas de inovação desses países foram barradas pelos tanques de guerra de países “irmãos” (BAGGIO, 2008, p. 20). Outra interpretação dada à fraternidade é a vivência decorrente de organizações secretas, como é o caso da maçonaria. Essas duas interpretações não podem e não devem ser encaradas como “tipos” de fraternidade, ou como interpretações possíveis. Na verdade, elas são sua negação:

(...) Elas têm em comum o fato de serem excludentes, isto é, de eliminarem grupos humanos do âmbito da fraternidade; negam de fato a dimensão universal da ideia de fraternidade, referindo-se a sujeitos parciais, como a seita, a classe, a nação, a raça (BAGGIO, 2008, p. 20).

A fraternidade também tem certa aplicação política quando ligada à ideia de solidariedade. Com efeito, elas não se confundem apesar de a solidariedade dar uma aplicação parcial ao conteúdo da fraternidade. Sobre a solidariedade BAGGIO afirma:

Esta, creio eu, tem um significado específico que não pode ser reduzido a todos os outros significados, ainda que bons e positivos, pelos quais se procura dar-lhe uma aplicação. Por exemplo, a solidariedade, tal como historicamente tem sido muitas vezes realizada, permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de força, uma relação vertical que vai do forte ao fraco. A fraternidade, porém, pressupõe um relacionamento horizontal, a divisão de bens e dos poderes, tanto que cada vez mais se está elaborando, na teoria e na prática, a ideia de uma solidariedade horizontal, em referência à ajuda recíproca entre sujeitos diferentes, seja pertencentes ao âmbito social, seja do mesmo nível institucional (2008, p. 22).

Excluídas essas interpretações, a fraternidade pode e deve assumir uma dimensão política que esteja atrelada ao próprio processo político e não estranha a ele, como hoje se faz. Essa possibilidade pode ser alcançada se, por exemplo, esse princípio passar a fazer

parte constitutiva dos critérios de decisão, o que contribuirá para determinar, juntamente com a liberdade e com a igualdade “o método e os conteúdos da própria política” (BAGGIO, 2008, p. 23). Também se a fraternidade puder influir no modo como são interpretadas as ideias de igualdade e de liberdade, inserindo uma porção generosa de alteridade no momento de definir políticas econômicas, no momento de criar e alterar leis e, também, no momento de interpretá-las.

A fraternidade surge então como uma espécie de demanda social. Isso se justifica, sobretudo, a partir da constatação que se fez anteriormente de que a liberdade e a igualdade, sozinhas, ficaram incompletas ou mesmo fracassaram em seus intentos. Basta lembrar que nas sociedades, mesmo aquelas mais industrializadas, onde a produção de bens é maior em relação à necessidade da população, o que nos levaria a pensar que nestas sociedades a liberdade e a igualdade foram implementadas, existem ainda grandes faixas de pobreza, o que nos leva a crer que essa forma de fazer democracia é justamente a forma que produz desigualdade, pois, de acordo com TOURAINE (1998, p.25), a democracia liberal “reduz o mais possível as intervenções do poder político e favorece a regulação social pela negociação direta e pelo mercado”.

Nesse sentido MORIN e KERN (2005, p. 167-170) propõem uma recuperação da tríade francesa, com especial destaque para a fraternidade, com vistas à promoção de uma democracia planetária. Ambos os autores interpretam a fraternidade a partir do humanismo de Fierbach, que propõe “a retirada do amor da petrificação em que as religiões e as abstrações o puseram (cf. *Ibidem*, p. 166). É justamente a não-religião de Morin e sua convicção de que não há salvação, que, segundo ele, torna evidente a tarefa da fraternidade:

Eis a má nova: estamos perdidos [...]. Devemos cultivar nosso jardim terrestre, o que quer dizer civilizar a terra. O evangelho dos homens perdidos e da Terra-Pátria nos diz: sejamos irmãos, não porque seremos salvos, mas porque estamos perdidos (*Ibidem*, p. 166).

Nas questões de gênero e sexualidade as perspectivas inauguradas com a positivação jurídica da liberdade e da igualdade nos textos constitucionais não foram suficientes para estancar o processo de aprisionamento vivido pelas mulheres, impondo sua atuação na esfera privada (doméstica, familiar) e, restringido/limitando sua participação na esfera pública (produtiva). A liberdade foi devorada pela falta de igualdade jurídica e social a qual as mulheres sempre estiveram submetidas, o que fez com que esse coletivo tão vulnerável, durante séculos lutasse em busca de uma humanidade e de uma plena cidadania que era negada e segue sendo limitada socialmente em pleno século XXI.

No caso específico das mulheres do Brasil, a cultura social e política de exclusão que sempre fez parte da lógica da colonização brasileira imposta pela Coroa de Portugal

produziu uma espécie de cidadania a conta-gotas, ou uma cidadania precária – o que certamente é irônico, e assim deve interpretar o leitor, já que não existe meia cidadania: ou é cidadania ou não é.

Quando da publicação do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, no ano de 1916, a mulher casada foi considerada como um ser relativamente incapaz (artigo 6º, inciso II), situação esta que só foi alterada a partir da promulgação da Lei nº. 4.121 de 27 de agosto de 1962, ou seja, o Estatuto da Mulher Casada, que alterou vários dispositivos do Código Civil e, passou a garantir alguns direitos fundamentais até então negados.

Porém, pode-se afirmar que as alterações introduzidas pelo Estatuto de 1962 ao Código Civil de 1916, não foram suficientes para evitar na prática as constantes desigualdades e discriminações sofridas pelas mulheres brasileiras em razão de gênero, já que, este Código manteve-se inalterado em outros aspectos que envolviam a igualdade de direitos entre mulheres e homens, até o momento em que aconteceu a sua revogação pela Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que veio a atender em parte as modificações introduzidas pela Constituição Federal de 1988.

Nos debates sobre o direito ao voto, na década de 1930, houve quem, no Senado Federal, propusesse que em razão dessa relativa incapacidade, fosse “dado” às mulheres apenas o direito de participação política e não o direito ao sufrágio universal, excluindo assim o direito de ser votada; de certo modo esse pensamento ficou materializado desde então, basta que se verifique o número de mulheres na composição dos parlamentos federais. Na década de 1970, outra gota: a mulher que não mais atendia aos deveres do casamento poderia ser enquadrada no conceito de “desquitada”, o que em outros termos, significava um atestado social de que aquela mulher não estava “quites” com a sociedade. A última gota legal foi a positivação da igualdade formal entre homens e mulheres na Constituição de 1988, o que representou um avanço significativo, no entanto, a igualdade material resta até hoje almejada.

Acredita-se, que não existe exercício de liberdade sem igualdade (formal e material), assim como, que a impossibilidade de esses dois princípios serem concretamente aplicados está ligada justamente à ausência da fraternidade, vez que, esta impõe uma consciência de si e do outro que foge às regras da ideologia do individualismo liberal, pois a fraternidade é incompatível com uma liberdade e uma igualdade pela metade, ou seja, o discurso formal de igualdade perante a lei acaba abrindo um abismo não apenas relacional entre mulheres e homens, mas um abismo jurídico entre cidadãos e não cidadãos negando direitos que deveriam ser reconhecidos e garantidos a todos os seres humanos em respeito a sua dignidade e suas diferenças.

Por isso, WARAT (1992, p. 39-40) ao discorrer sobre a fantasia jurídica da igualdade afirma que

Desde a Revolução Francesa começa-se a falar de igualdade de todos os cidadãos. Esta igualdade determina a submissão de todos frente à lei. Todos têm direito a que a lei não lhes seja aplicada arbitrariamente. Nada se diz da igualdade de participação efetiva na formação das leis. Nem do direito de todos a que sejam respeitadas suas diferenças. Tratar os homens ignorando a diferença de seus desejos é ignorá-los e submetê-los a certos desejos institucionalmente triunfantes. [...] Ignorar que os outros são diferentes é aniquilá-los como seres com existência autônoma.

Assim como aconteceu com as mulheres, que tiveram que se organizaram em uma identidade coletiva para demandar direitos e para negociá-los com os detentores do poder, o coletivo LGBTTI— Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Intersex, vem lutando contra essa cultura de exclusão, buscando um empoderamento de suas identidades para poder compartilhar os mesmos lugares que os demais cidadãos. O grupo formado pelas identidades “trans”, em especial, ainda não venceu a luta pela liberdade e pela igualdade, o que pode funcionar como uma forma mais concreta de inserção da fraternidade nas demandas desse coletivo, ante a própria inexistência de leis que regulem o exercício de suas identidades de gênero.

A liberdade, que em linhas gerais proíbe o Estado de fazer interferência na vida privada dos cidadãos, no caso das pessoas que vivenciam as identidades “trans”, funciona como um não-direito. Seja (i) a partir da criminalização dos movimentos sociais encabeçados por este coletivo, que são considerados como de menor expressividade; (ii) pela necessidade de chancela estatal para a realização de uma cirurgia de adequação do corpo ao gênero social, patologizando estas identidades; (iii) seja pela constante, porém, invisibilizada violência a que estão submetidas travestis e transexuais quando do exercício de suas identidades, quando então são mortas/os em seções de tortura, com a chancela da sociedade, que diz que aquele corpo não tem humanidade suficiente para compartilhar o mesmo espaço com os “normais”. Em razão de todas essas condições é que se reafirma que a liberdade não é um princípio que possa ser aplicado a este coletivo.

À igualdade não assiste melhor sorte. Em linhas anteriores se mencionou o processo histórico percorrido pelas mulheres brasileiras na tentativa de se fazerem presente em todos os espaços, inclusive os espaços públicos. A barreira imposta pelo gênero e pelo sexo hegemônicos sempre partiu de uma tentativa de desqualificar e de desumanizar as mulheres, todavia, essa política de exclusão também fez outras vítimas. Ao negro, lhe foi negada humanidade e, portanto, direitos sob a alegação de que ele não possuía alma; ora, quem não tem alma não é gente e se não é gente não deve ter direitos. Aos gays a barreira imposta para reconhecer sua falta de humanidade foi o exercício da sexualidade “anormal”, tendo como referência a heterossexualidade. No caso das/os transexuais, todas essas barreiras se juntam.

A transexualidade inaugura um debate ou mesmo uma disputa sobre o que é o ser humano, ou seja, quem tem direito aos direitos humanos? Politicamente, a retórica dos direitos humanos parece ter triunfado, pois, agora, ela pode ser adotada pelos partidos de esquerda ou direita, pelo Norte ou pelo Sul. No entanto, justamente quando se começou a atender para a necessidade de proteção da pessoa humana é que se registrou o maior número de violações dos direitos humanos, sobremaneira a partir de finais do século XVIII, chegando ao ponto em que MARCEL (1994, p. 94) afirma que a vida humana nunca foi tão universalmente tratada como uma *commodity* desprezível e precível quanto durante nossa própria época, e que se o século XX é a era dos direitos humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo, já que precisamente nessa época se testemunhou mais violações de seus princípios do que qualquer uma das épocas anteriores por ele chamadas de – menos iluminadas – .

Nesse diapasão, os direitos humanos podem ser examinados a partir de duas perspectivas relacionadas, mas relativamente distintas, como prescreve DOUZINAS (2009, p. 6): uma subjetiva e outra institucional. A perspectiva institucional analisa os direitos humanos como uma resposta do Estado aos seus administrados; essa corrente não menospreza a importância dos direitos humanos, mas, os coloca como uma mera obrigação estatal, sem levar em conta o seu caráter pós-histórico que os faz direitos em constante mutação. A perspectiva subjetiva aduz que os direitos humanos foram desde o início uma experiência política da liberdade, a expressão da luta para libertar os indivíduos da repressão externa e permitir sua autorrealização. É nessa segunda perspectiva que repousa a busca pela resposta apresentada: quem tem direito aos direitos humanos?

A busca pelo gozo e a fruição dos direitos humanos tem como principal resultado a autorrealização do destinatário. Esse destinatário foi o fruto de um imaginário judaico-cristão que dominou e domina o Ocidente e que cristalizou e, até mesmo isolou as expressões de gênero e da sexualidade humana, como se essas manifestações da natureza do homem possuíssem uma realidade concreta e também única. BENTO (2006, p. 77), afirma que o fruto desse imaginário foi um ser de pele branca, homem (macho), rico e, sobretudo, heterossexual. Quando esse imaginário começou a ser questionado, e os “marginais” passaram a exigir serem enquadrados dentro do conceito de humanos, os direitos humanos tiveram que reconhecer a existência de identidades coletivas cujos integrantes durante muito tempo na história foram considerados serem (des) humanos, como os negros, as mulheres e os homossexuais e os/as transexuais.

O movimento negro, o movimento feminista e o movimento LGBTTI<sup>14</sup> são a expressão desse levante que pôs em evidência a necessidade de os direitos humanos serem

---

14 Sigla que designa lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

pensados numa perspectiva coletiva, não em razão de número, mas em razão de grupos que sistematicamente e historicamente foram oprimidos e, conseqüentemente, tiveram parte ou a totalidade de sua cidadania tolhida pelo Estado. É nesse cenário que a diversidade de gênero aparece como uma das formas de vivência da cidadania, entrando em discussão a luta contra a transformação dos comportamentos sociais em categorias que aprisionam o ser humano, numa espécie de forma normativa de viver as identidades de gênero. A heteronormatização foi então relativizada, o que possibilitou a inclusão da comunidade LGBTQTT no rol de pessoas aptas a serem detentoras de direitos humanos, sobretudo os direitos ligados à sua sexualidade e ao exercício do gênero.

Quando o constituinte brasileiro positivou a igualdade entre homens e mulheres ele dirigiu esse mandamento ao binarismo sexual (macho e fêmea). Assim, não nos parece estranho que todos aqueles que fujam desse dualismo sejam vítimas diuturnas do heteroterrorismo<sup>15</sup>. No caso de gays e lésbicas (e aqui se está falando de orientação sexual e não de gênero) a visibilidade pública de sua sexualidade não é compulsória. Para as identidades “trans” a visibilidade ganha outro contorno:

[...] ela é compulsória a certa altura de suas vidas, pois que, ao contrário da orientação sexual, que de diversos modos pode ser ocultada pela mentira, omissão ou mesmo pelo próprio armário, a identidade de gênero é tida pelas pessoas “trans” como um estigma que não se pode ocultar, da mesma forma que ocorre com a pele dos negros e negras (DE SÁ NETO; GURGEL, 2013, p. 9)

A visibilidade “trans” é obrigatória, uma vez que sua identidade está tatuada em seus corpos como um estigma que não se pode ocultar sob qualquer disfarce que se proponha a tanto. É em razão disso que o preconceito e a violência que sofrem são maiores, e, via de consequência, é maior a parcela de igualdade que lhes é devida.

Mas é a invisibilidade pela qual transitam as identidades “trans” que nos mostra que a igualdade formal prevista na Constituição Federal de 1988 não lhes alcança. Não é comum ver-se transexuais em festas de formatura de graduação, pois, muitos e muitas abandonam os bancos das escolas em razão da perseguição praticada pelo heteroterrorismo; incomum, também o é, observar estas mesmas pessoas com empregos formais, uma vez que, o pensamento dominante acredita que a única opção laboral para este coletivo é a venda do corpo. Educação e trabalho são direitos sociais fundamentais cujo exercício devem ser garantidos a todos os cidadãos, de forma que retirá-los significa discriminar e excluir este coletivo de uma plena cidadania.

15 Vítimas das normas de gênero que põem a heterossexualidade como a única via da sexualidade humana, considerando-a normal.

Talvez a violação mais patente ao princípio da igualdade derive da invisibilidade legal a que estão submetidas as identidades “trans”. O gozo e o exercício dos mesmos direitos conferidos aos considerados “normais” só aparecem quando o Poder Judiciário é instado a se manifestar a partir das demandas que lhes são apresentadas. É por isso que para esse coletivo o poder da justiça é um poder de vida e morte. Quando alguém pede ao Poder Judiciário que autorize a retificação do seu assento de nascimento (o que só ocorre ante a inexistência de uma lei que discipline a matéria), para adequá-lo à sua identidade de gênero, o juiz (a) por não dispor de conhecimento para identificar se aquele demandante é realmente um transexual, socorre-se de laudos e pareceres elaborados por membros da medicina e das ciências “psi”. O pedido feito pela pessoa para tornar-se igual àqueles que são aceitos pela sociedade depende de um referendo que para ser dado, patologiza aquela identidade.

A desigualdade a que está submetida a pessoa “trans” é tamanha, que é necessário que um corpo de pessoas diga se ela pode ou não modificar o seu corpo, ou seja, que estas pessoas decidam se o requerente é ou não suficientemente doente para ser agraciado com uma intervenção cirúrgica (que na maioria das vezes ocorre numa tentativa de fazer a pessoa “trans” sentir-se inserida nas normas de gênero vigentes). Com base nisso é que o Poder Judiciário funciona com agente patologizador das identidades “trans”, pois, ao ratificar o parecer da equipe médica, chancela o transtorno mental apontado, colocando a transexualidade como uma doença relativa à sexualidade e não como uma incompatibilidade com as normas de gênero.

É com base nessas afirmações que se entende que a fraternidade pode contribuir para a desconstrução do pensamento vigente acerca da transexualidade. É possível reconhecer que a lógica jurídica vigente produz vítimas, vale dizer, pessoas ou grupos que ficam desprotegidos em razão de as normas não conseguirem acompanhar o que NICKNICH (2013, p. 49) chama de “efeitos da modernidade da tecnologia, das relações humanas e das demais ciências”. Para a autora o próprio direito os exclui.

BOBBIO, ao tratar da multiplicação de novos sujeitos afirma que (i) o aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela; (ii) a extensão da titularidade de certos direitos típicos a outros sujeitos; (iii) e a consideração do homem não mais como ente genérico ou “abstrato”, mas sim na concretude das maneiras de ele ser em sociedade (criança, idoso, transexual, doente, etc.) fazem surgir uma nova concepção de direitos (2004, p. 68).

Ocorre que a pós-modernidade também traz consigo a obsolescência e a falta de leis, o que faz com que o ser humano fique desprotegido, carecendo que a doutrina e a jurisprudência, forneçam respostas, dada a ausência de normas positivas. Os novos sujeitos se organizam em novos movimentos sociais e tomam consciência a partir de sua corporalidade

vivente e enferma, de serem vítimas excluídas do sistema de direito, “naquele aspecto que define substantivamente sua *práxis* crítica ou libertadora (OLIVEIRA; VERONESE, 2011, p. 149). Descobre-se a “falta de” como “novo-direito-a” certas práticas ignoradas ou proibidas pelo direito vigente, ou seja, um direito que existia apenas na subjetividade dos oprimidos ou excluídos se impõe historicamente como novo direito, e se adiciona como direito novo na lista dos direitos positivos.

A proposta da fraternidade enquanto um valor a nortear as questões ligadas às identidades “trans”, ao lado da liberdade e da igualdade se fundamenta numa moral de convivência com o outro, objetivando a superação do individualismo. Portanto a ligação entre o direito e a fraternidade tem por fim a busca do viver bem e da ressignificação do que é o ser humano. Aplicar a fraternidade nesse âmbito pode proporcionar, para além da alteridade, um posicionamento que nos faça verdadeiramente livres e iguais, respeitando-se as diferenças, desde que sejamos fraternos.

É importante salientar que quando se defende a recepção da fraternidade nesse debate não se está aqui buscando a elaboração de leis ou mesmo a reforma das já vigentes para inserir o termo fraternidade em suas letras, até porque a fraternidade se refere muito mais ao modo como se vive e enxergamos o outro do que propriamente a uma presença positiva na lei. Aliás, não é dificultoso se identificar exemplos nos quais a fraternidade se encontra positivada, o que desde já revela que a sua não vivência se deve mais ao sentimento de individualismo presente desde a formação da sociedade moderna.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pelas Nações Unidas (ONU) em dezembro de 1948, estabelece no art. 1º que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade); o Preâmbulo da Constituição de Portugal (A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno); o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte constituição da República Federativa do Brasil); todos esses documentos apontam verbalmente a fraternidade como norte de suas criações, mas no caso específico do Brasil, o referido preâmbulo, ainda que

somado aos mandamentos previstos no art. 3º, incisos I (construir uma sociedade livre, justa e solidária); e IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), assim como ao *caput* do art. 5º não se prestam a socorrer todos e todas que reivindicam o direito ao livre exercício de sua identidade de gênero, fora dos padrões binários estabelecidos pela história dos poderes e das hierarquias entre os sexos.

No âmbito do Poder Legislativo, a fraternidade poderá auxiliar na produção de normas que retirem o manto da invisibilidade das identidades “trans”. No âmbito do Poder Executivo, forneceria subsídios para a despatologização destas identidades, deixando de submeter, por exemplo, as pessoas “trans” a tratamentos psicológicos degradantes na tentativa de descobrir quem é e quem não é transexual. No âmbito do Poder Judiciário a fraternidade poderá evidenciar o uso do direito como agente transformador de realidades, fundamentando a concessão de direitos e solidificando novos direitos.

No que toca ao Poder Judiciário, no mês de abril de 2015 os noticiários nacionais e as redes sociais foram inundados por uma notícia que aos olhos dos leigos poderia parecer um exercício de bondade ou de solidariedade; todavia, a notícia expressa uma forma de aplicação da fraternidade. Trata-se do caso de uma presidiária, que cumpria pena no presídio de Blumenau, Estado de Santa Catarina e que em razão de ser portadora do vírus HIV, e de estar em estado terminal, estava internada num hospital da cidade em razão dos efeitos decorrentes da doença. O magistrado, atendendo a um pedido informal de um dos filhos da condenada, deslocou-se de seu gabinete e após realizar uma visita ao hospital onde a mãe da criança estava internada, concedeu, ainda que sem o amparo da lei, o direito à prisão domiciliar, para que nos últimos dias de vida, aquela mãe pudesse estar perto de sua família. Segundo o juiz “a letra fria de um papel não transmite aquilo que o juiz vê com os próprios olhos. Eu verifiquei nitidamente que a situação dela era grave”<sup>16</sup>. A mãe da criança morreu em 25 de março, num hospital em Florianópolis, após passar seus últimos dias com sua família.

A fraternidade também já ajudou na solução de questões complexas submetidas ao Supremo Tribunal Federal, ratificando o que vimos apontando, de que seu arcabouço ético pode ajudar na compreensão da vivência das identidades “trans”.

No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, onde se debatia o reconhecimento da união entre pessoas de mesmo sexo como entidade familiar, colhe-se uma aplicação da fraternidade como imperativo apto a promover o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer

16 Matéria disponível em: <http://www.misturebas.com/site/foi-bom-diz-filho-de-presa-liberada-para-passar-ultimos-dias-em-casa-em-joinville/> Acesso em 18 abr 2015.

outras formas de discriminação, apta a inaugurar uma nova fase do constitucionalismo moderno: o constitucionalismo fraterno<sup>17</sup>. Segundo o relator:

O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados (Grifou-se)

[...]

Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º (Ibidem).

Quando da análise por este mesmo Tribunal Federal da constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para ingresso de estudantes na Universidade de Brasília, o ministro Gilmar Mendes fez uso da base ética da fraternidade para justificar seu voto. Segundo Mendes, a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual se pode abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade, em temas de liberdade e igualdade. Disse o ministro:

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta;

17 Ementa ADPF.: 132: PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 18 abr 2015.

1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

[...]

Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade. Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias<sup>18</sup>.

Os argumentos lançados acima, em cotejo com os julgados cujas decisões foram trazidas anteriormente, demonstram pelo menos dois aspectos interessantes: O primeiro é que a fraternidade, como princípio político, pode perfeitamente ser aplicada no direito. O segundo é que a fraternidade transcende a essa categoria de princípio, convertendo-se num valor que pode ter aplicabilidade em todas as áreas. Sob esse segundo aspecto BAGGIO afirma que, antes de tudo, a fraternidade é algo para ser vivida, porque somente vivendo-a é que ela poderá ser compreendida; vive-la não é um apanágio único e exclusivo dos cristãos, muito embora as raízes dela sejam reveladas por meio do cristianismo. A fraternidade é uma condição humana, ao mesmo tempo dada, e por isso constitui um ponto de partida, mas também a ser conquistada, como compromisso de colaboração de todos (2008, p. 55).

O Estado Democrático de Direito deve buscar a realização e a garantia das subjetividades humanas, atingindo a todos, incluindo a todos. Nascerá daí o Estado Fraterno de Direito, onde a fraternidade como valor orientativo dos novos e velhos direitos significará uma necessidade de adequação da sociedade e do direito às novas tecnologias de valoração do ser humano, despertando o respeito e o cuidado com o semelhante, o que criará nas palavras de NICKNICH (2008, p. 63) “uma consciência difusa que consequentemente se transformará em atitudes mais humanas”.

18 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>  
Acesso em 18 abr 2015.

## 4. Conclusões

“Ser ou não ser, eis a questão?”, famosa frase retirada da Tragédia de Hamlet, de autoria de William Shakespeare, parece resumir os problemas que circundam o universo “trans”. De um momento na história em que o trânsito entre os gêneros era algo permitido a outro em que o exercício de identidades, em desconformidade com o padrão sexual anatômico passou a ser encarado como doença, o coletivo “trans” tem amargado uma exclusão jurídica e social que talvez não seja possível reparar em sua inteireza. O desconhecimento acerca do que significa sexo, gênero e orientação sexual e ao mesmo tempo o consenso coletivo de que todos esses institutos estão balizados pela existência de um pênis ou de uma vagina, fazem com que milhares de pessoas, desde a infância, tenham que conviver com a violência, o medo, o abandono e a discriminação.

A busca pelo gozo e a fruição dos direitos ligados à pessoa humana tem como principal resultado a autorrealização do destinatário. Esse destinatário foi o fruto de um imaginário judaico-cristão que dominou e domina o Ocidente e que cristalizou e até mesmo isolou as diversas expressões de gênero e da sexualidade humana, como se essa manifestação da natureza do homem possuísse uma realidade concreta e também única. Berenice Bento (2006, p. 77), afirma que o fruto desse imaginário foi um ser de pele branca, homem (macho), rico e, sobretudo, heterossexual. Quando esse imaginário começou a ser questionado, e os “marginais” passaram a exigir serem enquadrados dentro do conceito de humanos, os direitos humanos tiveram que reconhecer a existência de identidades coletivas que durante muito tempo na história foram considerados serem (des) humanos.

A busca por direitos ligados a temas de diversidade sexual sempre utilizou como referencial teórico as bandeiras da igualdade e da liberdade, que fizeram parte da revolução política ocorrida na França, no século XVIII. Mais de 300 anos depois não é difícil constatar que tais princípios não compuseram de forma concreta as engrenagens democráticas que se formaram desde a composição da tríade. É nesse sentido que levantamos a fraternidade como uma via alternativa para a solução de alguns conflitos em que a igualdade e a liberdade sozinhas não se prestam a resolver.

De princípio esquecido (?) à mola propulsora do que chamamos de Estado Fraternal de Direito, a fraternidade lança um novo olhar sob as questões ligadas ao trânsito entre identidades de gênero, fugindo do sistema de medicalização de condutas que ainda hoje existe em muitos países, enquanto fruto de uma formação política e jurídica que privilegia o sexo em detrimento das individualidades de gênero. Lança a fraternidade uma nova forma de encarar o diverso, enquadrando-o como algo que nos faz tão igual aos demais.

No caso do Brasil, como o exercício das identidades de gênero ainda transita pela invisibilidade, em razão da inexistência de leis que disciplinem essa matéria, mister que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário, dentro de sua autonomia, entendam

que as experiências de masculinidade e feminilidade e suas decorrências, não podem ser encaradas como transtornos mentais. Um novo olhar que sobreponha os saberes dados como universais pelas ciências “psi” e que tenha como base os saberes colhidos a partir das vivências dessas experiências deve ser lançado sobre esse coletivo que, a cada dia, luta para ocupar os espaços e sair, de vez, da invisibilidade que lhes acompanha.

## 5. Referências

- AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BAGGIO, Antônio Maria (Org). **O Princípio esquecido**. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria Almeida. Vargem Grande Paulista, São Paulo: Cidade Nova, 2008, Vol. 1.
- BUTLER, Judith. **Bodies that matter: on the discursive limits of sex**. New York/London: Routledge, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Criticamente subversiva**. In: JIMENEZ, Rafael M. Mérida. (ed.) Sexualidades transgressoras: uma antologia de estudos queer. Barcelona: Icaria, 2002.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade?** São Paulo: Brasiliense, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Na escola se aprende que a diferença faz a diferença**. Ed. Rev. Estud. Fem. [online]. 2011, vol.19, n.2, pp. 549-559. ISSN 0104-026X. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2011000200016>> Acesso em 25 mar 2015.
- \_\_\_\_\_. **A (re)invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond/Clam, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CRUZ, Maria Helena. **Percursos, Barreiras e Desafios de Estudantes Universitários de Camadas Populares no ensino Superior na UFS/Sergipe/Brasil (2008)**. In: Gênero e Trabalho: diversidade de experiências em educação e comunidades tradicionais. Organizadoras: Maria do Rosário de Fátima Andrade Leitão e Maria Helena Santana Cruz. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2012.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DE SÁ NETO, Clarindo Epaminondas; GURGEL, Yara Maria Pereira. **Caminhando entre a (in) visibilidade: uma análise jurídica sobre o projeto de lei nº5.012/2013 – Lei de Identidade de Gênero**. Revista Direito e Liberdade – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. V. 16. n. 1. p. 55-72.

- ESQUEMBRE VALDÉS, María del Mar. **Ciudadanía y Género Una Reconstrucción de la tríada de derechos fundamentales.** In: Género y Derechos Fundamentales. Cristina Monereo Atiebza; José Luis Monereo (Directores y Coordinadores). Granada (España): Comares, 2010.
- FARRER, Peter. **D'Eon de Beaumont, New Facts, Or Fiction.** GENDYS 2002, The Seventh International Gender Dysphoria Conference, Manchester England, 2002.
- FOUCALT, Michel. **História da sexualidade.** A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2008. Vol. 1.
- FRIEDLI, Lynne. **Mulheres que se faziam passar por homens: um estudo das fronteiras entre os gêneros o século XVIII.** In: ROUSSEAU, G. S; PORTER, Roy (orgs.) Submundos do sexo no iluminismo. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- HOBSBAWM, Eric. **A revolução francesa.** Trad. Maria Tereza Lopes e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- MARCEL, Gabriel. **Creative Fidelity.** Trad. R. Rosthal. Nova York: Farrar, Strauss & Co, 1964.
- MOLINA PETIT, C. **Debates sobre el género.** In: C. Amorós (ed): Feminino y filosofía. Thémata, Síntesis, Madrid, 2000.
- MORIN, Edgar. **L'esprit du Temps.** Paris: Grasset, 1962.
- MORIN, Edgar; KERN, A. B. **Terra-Pátria.** 5.ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- NICKNICH, Monica. **A fraternidade como valor orientativo dos novos direitos na pós-modernidade.** In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Direitos na Pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, parte I.
- OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **O princípio da fraternidade nas revoluções moderna e contemporânea.** In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Direitos na Pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, parte I.
- PRECIADO, Beatriz. **Manifiesto contra-sexual: prácticas subversivas de identidad sexual.** Madrid: Pensamiento Opera Prima, 2002.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou Da Educação.** Tradução Roberto Leal Ferreria. 4a.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- WARAT, Luis Alberto. **A Fantasia Jurídica da igualdade: Democracia e Direitos Humanos numa pragmática da singularidade.** In: Revista Sequência, nº 24, set./1992, Florianópolis, SC.

# O MUNICÍPIO E A AUTONOMIA LOCAL: ASPECTOS DA DESCENTRALIZAÇÃO DO PODER NO BRASIL

---

DAVID DE MEDEIROS LEITE

David Leite é doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

## Resumo

A autonomia das administrações municipais e a descentralização do poder na realidade brasileira consistem na principal temática do artigo. A partir do estudo da formação das entidades locais, foram feitas investigações com relação à organização e a evolução histórica dos Municípios e as consequências advindas desses aspectos para efetivação do poder local. A análise das competências municipais, tanto de forma exclusiva, cooperativa e complementar, além das atribuições inerentes ao prefeito, merece atenção na medida em que influem decisivamente para que o funcionamento da municipalidade seja instrumento eficaz no atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, e, por conseguinte, na consecução da efetivação da descentralização do poder como ferramenta imprescindível no sistema político de um país de dimensões continentais.

## Palavras-chave

Municípios; Administração Local; Autonomia; Sistema Político; Direito Municipal.

## Abstract

The autonomy of municipal administrations and the decentralization of power in the Brazilian reality are the main subject of article. From the study of the formation of local entities of counties, we made inquiries regarding the organization and historical development of municipality and the consequences of these aspects for achievement of local government. The review of municipal competences, either exclusively, cooperative and complementary manner, besides the power of mayor, deserve attention because make a lot of influence for the functioning of municipality be an effective tool in service to basic needs of citizens, and, thus, in attainment of effectuation of decentralization of power as a essential tool in the politic system of a country with continental dimension.

## Key words

County; Local Government; Autonomy; Politic System; Municipal Law.

## 1. Introdução

Na discussão geral sobre o tema da democracia, um ponto se destaca a cada dia: a crise de governabilidade. E no meio desta crise, entre muitas alternativas e panaceias postas, ganha força o debate sobre a autonomia dos governos locais. O debate surge com mais força no meio as administrações municipais, devido à proximidade entre população e gestores. Além disso, é neste nível onde os cidadãos podem apresentar suas demandas com mais propriedade, e até conseguir sua resolução havendo menor burocracia no caminho. (PINDADO, 2005).

A autonomia dos Municípios é, portanto, o pano de fundo de nosso trabalho. No entanto, para aprofundar a questão é essencial conhecer a organização político-administrativa do Município, como também o processo de descentralização de poder.

Para melhor compreensão, procuramos esclarecer como o Município funciona no Brasil. Tornou-se necessário buscar elementos a partir do estudo da formação dos Municípios, obrigando-nos a fazer observações sobre a competência do sistema de autonomia e a evolução histórica do Município e a competência do prefeito, considerando que todos esses enfoques refletem diretamente nos interesses dos cidadãos.

Portanto, este artigo terá a seguinte divisão: a organização político-administrativa do Município no Brasil. Com subtítulos: o desenvolvimento histórico do Município, a autonomia municipal, a competência do Município e o papel do prefeito.

## 2. A Organização Político-Administrativa do Município no Brasil

### 2.1. *Evolução Histórica*

No Brasil, temos que tratar de organização municipal a partir da descoberta e colonização do país por Portugal, em 1500. Durante a fase colonial, Portugal nunca implementou no Brasil, um plano de organização territorial constituída com Municípios de maneira adequada ou até mesmo a partir do modelo existente naquele país.

Historicamente, quando os reinos de Portugal, Espanha, Holanda e Grã-Bretanha iniciaram suas viagens de descobrimentos, se formaram dois tipos de colônias: a colônia de povoamento e a colônia de exploração. A primeira, como seu próprio nome indica, servia simplesmente para aumentar o território do reino, com o objetivo, por um lado, de torná-lo o maior possível, gerando possibilidades como, por exemplo, a de segregação de presos e, por outro lado, para alcançar a formação que lhe favorecesse. De outra banda, as colônias de exploração serviam, como o próprio nome já sugere, para que o reino obtivesse através delas frutos que lhe enriqueceria.

Os principais modelos dos tipos de colonização acima referidos são: os Estados Unidos, como colônia de povoamento, e a América Latina, como colônia de exploração.

Especificamente, no caso do Brasil, como, de princípio, não existia a intenção de povoar, tampouco houve interesse por organizar o Município no sentido que temos hoje. De forma que a autonomia municipal, em seu principal sentido da palavra, só veio tomar forma muito tempo depois do descobrimento. Segundo José Nilo de Castro, o início da municipalização respondia ao modelo português:

Pondo os pés no Brasil, trouxeram os portugueses, em 1500, as instituições municipais segundo o direito lusitano, com a seguinte organização: a) um prefeiro; b) juízes ordinários; c) conselheiros (de Câmaras); d) almotacés com funções administrativas subalternas; e) procuradores (advogados representantes do Município); f) os homens bons. (CASTRO, 2006, p. 11)

A princípio, os “Municípios” foram formados com base na necessidade de uma organização mercantil e do próprio povoamento do território, assim também tendo em vista as necessidades sanitárias, ou com o objetivo de execução de obras para servir a todos aqueles que viviam nas aldeias e vilas.

Se personificarmos o Município no Brasil, as vilas seriam seus antepassados mais remotos. Sobre o nascimento das vilas:

A primeira foi São Vicente, em 1521, fundada por Martin Afonso; antes de ter sua carta [doação]; em 1546, Santos; em 1560, São Paulo; e Itanhaém, em 1561. O surgimento dos municípios pode ser visto mais como uma necessidade das comunidades que viviam em solo brasileiro para os desígnios de Portugal. (CORRALO, 2006, p. 56).

Como podemos observar através dos próprios nomes das vilas que estavam sendo criadas, a igreja também influenciou fortemente a fundação das mesmas e de outras organizações nucleares. A Igreja Católica, no Brasil, viu a necessidade de catequese dos povos nativos em nome da mensagem cristã, que ajudou tanto a exploração dessas áreas, muitas vezes inacessível, como na estruturação em forma de cidade para essas comunidades (CASTRO, 2006).

A regulamentação do Município como formação jurídico-administrativa vinculada a algum ordenamento se concretiza no momento em que Portugal impôs à colônia o cumprimento das Ordenações Manuelinas, Alfonsinas e Filipinas, derivada da intenção de criar um lugar de administração geral na colônia.

Essas regulamentações, que datam da segunda metade do século XVI e princípios do século XVII, tinham como finalidade dotar as capitânicas de um poder administrativo organizacional com a criação de várias funções e de Câmaras nas vilas que foram formadas.

Em termos formais, as constituições brasileiras começaram a refletir a forma do país de ver a organização municipal a partir da Constituição de 1824, que abriu as portas para a sistematização administrativa local.

Nelson Nery, sobre a importância da Constituição de 1824 para a organização local, comenta que:

O texto constitucional tratava com apreço os Municípios, preceituando que haveria Câmaras em todas as cidades e vilas já existentes, assim como nas que fossem criadas no futuro. Por outro lado, a estas correspondia o governo econômico e municipal das localidades integrada por conselheiros e o Presidente seria o mais votado. Por último, uma lei reguladora deveria decretar as funções municipais da Câmara, assim como a formação das ordenações policiais, à aplicação das rendas e demais particularidades e atribuições. (COSTA, 2006, p. 49)

Essa lei complementar entrou em vigor em 01 de outubro de 1828, regulamentando toda organização das Câmaras Municipais, perdurando sua vigência até 1889, ano da proclamação da República. Após dois anos da proclamação da República, foi promulgada a Constituição de 1891, que não trouxe maiores modificações em relação aos Municípios, considerando o que estabelecia a Constituição anterior e a lei referida.

Com relação a este período, o que fica bastante claro é que se concedeu uma grande importância aos estados da federação, lhes outorgando grandes poderes de organização e diminuindo a autonomia das entidades locais, como os municípios e as vilas, mantendo estas sempre sujeitas as decisões adotadas pelos estados, sem lhes dar qualquer poder em relação à organização administrativa superior.

Embora a Constituição de 1934 tivesse a intenção de outorgar autonomia às autoridades locais, causando uma renovação da capacidade de ter poder próprio e atender às suas próprias necessidades, com o golpe ditatorial de 1937, a evolução do Município fornecida por aquela Constituição foi colocada em xeque.

O Município, além de deixar de ter poderes para resolver seus problemas, acabou perdendo a possibilidade de exigir do Estado que os resolvessem de uma forma mais prática.

Na efervescência do pós-guerra, em 1945, os militares derrubaram o governo ditatorial e, restabelecendo a ordem democrática, provocaram nova possibilidade de modelo administrativo local. Esta alternativa de novo governo gerou uma nova Constituição Federal no país, no ano de 1946, que ampliou os poderes que o Município tinha e lhe outorgou outros novos, ainda que houvesse uma forte interferência da União especificamente nos Municípios que tinham em sua área algum interesse de relevante valor administrativo, financeiro ou militar. Corralo (2006, p. 84-85) aborda a questão da seguinte forma:

Novamente o município pode exercer autonomia, feixe que penetrou no administrativo, político, financeiro e legislativo. No entanto, ainda havia resquício de um modelo concentrador na nomeação dos prefeitos das

capitais, das instâncias hidrominerais e das localidades estratégicas para a segurança nacional.

Em 1964, o Brasil sofreu um golpe militar e mesmo estando em vigor a Constituição de 1946, o país passou a ser legislado por Atos Institucionais, Atos Complementares e Emendas Constitucionais. Porém, o municipalismo sofreu poucas modificações, principalmente em razão do poder dado ao Executivo. Em 1967, o Brasil teve uma nova Constituição baseada na anterior, nas leis e em outras situações políticos-circunstanciais ocorridas entre 1964 e 1967.

A Constituição de 1967, juntamente com a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969 fizeram a relação com os Municípios um pouco mais rígida. A designação de prefeitos em algumas situações se manteve, incluindo nas capitais, só que desta vez a referida designação competia ao governador do Estado a qual pertencia à cidade.

O Brasil viveu um período marcado pelo poder ditatorial e só no final da segunda década do referido período é que se tem início uma abertura política que enseja o regresso dos exilados políticos e outras medidas democráticas. Uma população organizada em movimentos políticos em defesa de eleições diretas, anistia, assembleia constituinte, além de outras bandeiras, faz com que o país retorne a normalidade democrática.

Após o longo período ditatorial, com o processo de redemocratização deflagrado em 1985, veio a Constituição de 1988, considerada “Constituição Cidadã”. Esta Constituição, na história do Brasil, tem sido a que mais garante a cidadania e os direitos de uma forma geral, como também, oferecendo aos Municípios abertura e força nunca antes vista no sistema jurídico brasileiro. Hely Lopes Meirelles (2006, p. 44-45), de forma pertinente, comenta:

A principal característica da Carta é a extensão da autonomia municipal para aspectos políticos, administrativos e financeiros, tal como estabelecido nos artigos 29 a 31, 156, 158 e 159, dando também o poder de fazer sua Lei Orgânica (própria carta).

É oportuno dizer que esta organização estabelecida nas Leis Orgânicas Municipais é bastante peculiar do Brasil e difere enormemente de outros países, como, por exemplo, a Espanha, que mantém uma organização administrativa local muito distinta, com uma única lei que serve para todas as localidades do país, sem preservar a mesma singularidade da legislação em voga desde 1988 no Brasil.

Outra característica importante que também trabalharemos adiante é a implícita autonomia auto-organizativa dos Municípios. Com isso, eles não têm mais a necessidade de viver subordinado aos Estados ou a União, podendo, a partir da observação do tão propalado interesse local, organizar-se sem a interferência do Estado. A autonomia serve para fixar o poder, assegurado pela Constituição Federal.

## 2.2. *Autonomia Municipal*

Autonomia nos Municípios brasileiros representa a “independência” funcional em relação aos Estados e a União. A autonomia regular e vasta obtida a partir da Constituição Federal de 1988, fez com que os Municípios gozem de atribuições, que em outros momentos só foram desfrutadas pelos demais entes federados, sobretudo ao ser conferida a possibilidade de uma autorregulação administrativa abrangente. Sobre essa busca da autonomia, Urbano Vitalino (1999, p. 41) afirma que:

A dimensão territorial impressionante fez com que nosso país, desde sua criação, adotasse o sistema generalizado de divisão territorial de poder, divididos pelas várias unidades políticas que os compõem, sendo outorgada a cada uma, certas e específicas competências. O esquema dos centros regionais autônomos e comunidades tem sido mantido até hoje em nossas Cartas Constitucionais, sem prejuízo das competências do núcleo central, inclusive, reservando-se o direito de emitir princípios gerais de política, como guardião da unidade nacional.

Em outro sentido, Hely Lopes (2006, p. 108) conceitua autonomia administrativa e, como lhe é característico, nos brinda com importantes e exatos conceitos:

O conceito de administração própria não oferece dificuldade de entendimento e delimitação – é a gestão dos negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado membro –. Mas a cláusula limitativa dessa administração exige uma exata interpretação, para que o Município não invada competências alheias, nem deixe de praticar atos que lhe são reservados. Tudo se resume, portanto, na precisa compreensão no significado de “interesse local”.

A autonomia administrativa municipal brasileira serve para situar os Municípios na encadeada organização dos membros federados. Essa autonomia deve se reger com base no interesse local, ou seja, o peso da opinião interna sobre certas questões deve prevalecer. A municipalização da força administrativa, muito mais que uma busca por parte das localidades brasileiras, surgiu da necessidade de uma administração própria e particular focada nas questões locais, onde o Estado membro e a União não alcançariam resolver questões peculiares.

A autonomia municipal refere que o Estado membro não possui determinadas atribuições que concerne única e exclusivamente ao Município. Portanto, a autonomia também cabe em questões em que todos os âmbitos da federação têm o dever de estar presente, tanto de forma autônoma, como complementar, ou em colaboração com os demais entes.

Durante um longo período da história do país, a autonomia política dos Municípios brasileiros era pequena ou quase nula, por isso, inicialmente, só existia em relação à

formação das Câmaras Municipais e somente muito tempo depois, surgiu a possibilidade de também eleger prefeitos.

As Câmaras Municipais, ainda que o povo tivesse a possibilidade de escolha dos seus membros, não desfrutavam da prerrogativa de exercer suas funções como poder constituído. Mais tarde, com a criação do cargo de prefeito, o quadro dessa autonomia evoluiu.

Nelson da Costa Nery (2006, p. 128) conceitua a autonomia política dos Municípios da seguinte forma:

A autonomia política do Município envolve a qualidade atribuída a estrutura do poder político local, e da relação entre eles. O Município tem a capacidade, portanto, para organizar e formar seu próprio governo. Apesar de não haver hierarquia entre os três entes federativos, deve haver uma limitação da forma de organização, porque os princípios são estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual.

Portanto, se apresenta sinteticamente a melhor dedução para autonomia administrativa, como a possibilidade de que o Município constitua e mantenha seu próprio governo no campo administrativo local. Este “constituir e manter” toma também outras possibilidades com relação à organização administrativa local, com a possibilidade de destituir a quem goze desse direito político sem estar de acordo com o que a legislação nutre ou permite ou, em outro caso, efetue uma conduta qualificada de ilegal ou inadmissível para alguém que exerce uma função pública como a de prefeito ou vereador.

A possibilidade de anular o exercício da função de prefeito ou vereador também é uma forma democrática de estabelecer essa autonomia política, de forma que, em alguns casos, existe uma inquietude quando se fala de quem seria a competência definitiva dentro da organização administrativa municipal. A força dessa autonomia acaba fazendo com que o Município exerça um controle sobre seus próprios representantes.

A Carta de 1988 ofereceu ao Município a possibilidade de exigir tributos de seu interesse, sobre o que for de sua competência, mostrando que, mais uma vez, o interesse local superou a entidade centralizadora maior.

Ademais da possibilidade de arrecadar tributos de sua competência, o poder público municipal também pode criar taxas, contribuições especiais e outras contribuições. Em outros tipos de impostos, o Município recebe, tanto do estado como da União, uma parte do que eles arrecadam, mesmo que o Município não tenha competência para legislar sobre os referidos impostos.

No que se refere ao planejamento orçamentário, o Município também tem a competência de organizar seu Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. É oportuno ressaltar que, mesmo diante da autonomia orçamentária,

o Município está vinculado às previsões constitucionais de aplicação de uma porcentagem fixa para a educação pública e outros percentuais assim definidos.

Quando falamos de autonomia para auto-organização, estamos falando especificamente do poder que o Município tem de desenvolver a sua própria “Constituição”, que é chamada de “Lei Orgânica”. Embora a Lei Orgânica deva respeitar tanto a Constituição Federal como a Constituição do Estado, de modo que não se pode legislar em sentido contrário aos preceitos já designados por ambas, sendo uma condição prévia de que o Poder Legislativo municipal as acate no momento de confeccionar a referida Lei Orgânica, esta serve para que o Município reflita e protagonize o interesse local.

A possibilidade do Município se organizar a partir de uma lei maior própria é a principal característica da autonomia de auto-organização. A esse respeito, Corralo (2006, p. 209) expõe uma consideração com relação a outras repúblicas do mundo, dizendo que:

A autonomia de auto-organização do Município brasileiro lhe leva a ter um tratamento constitucional singular federalista, pois tal possibilidade somente foi outorgada aos estados e não aos Municípios. A auto-organização é uma característica inerente dos entes federados, o que reforça a posição do Município como ente integrante da federação brasileira.

A previsão da necessidade de uma Lei Orgânica de organização do Município se materializa no artigo 29 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 31), quando alega que “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal”.

O fato é que, na verdade, em um país com mais de cinco mil Municípios, onde há uma significativa diferença entre as pessoas e as suas necessidades, onde em cada local há grandes diferenças e peculiaridades, a decisão do Estado de obter para si a possibilidade de impor uma organização perfeitamente igual a todos os Municípios parece pretensioso a ponto de atrapalhar ao invés de ajudar. (RESENDE, 2008).

Este poder de legislar no âmbito local abrange três tipos diferentes: a possibilidade de legislar é exclusiva, para os casos com um interesse local proeminente; a possibilidade de legislar é compartilhada, quando o Município, os Estados e a União podem legislar sobre um determinado assunto; e a possibilidade de legislar é complementar quando, por haver um interesse local envolvido, o Município age em situações onde outros entes federais não o fazem.

### 2.3. *Competência dos Municípios*

Competência, no sentido aplicado neste artigo, é o ato de ter aptidão para realizar determinada ação, o que, de fato, é o próprio trabalho de campo da entidade municipal,

que busca, por esse meio, a satisfação de sua atuação e, por conseguinte, de atender o interesse coletivo.

A competência administrativa refere-se à capacidade para gerir o Município, competência que cada ente tem para si de acordo com sua situação. Fazendo uma análise das competências do Município, o autor José Nilo Castro afirma que (2006, p. 197):

A jurisdição do município deriva da Constituição Federal. Nossa Federação adotou a tripartição dos poderes. Os poderes da União e Municípios são explicitamente listados na Carta da República, reservando aos estados o poder que não são proibidos.

O interesse local, de fato, em ocasiões, não está perfeitamente caracterizado na Constituição quando se trata de competência privativa, de forma que também pode satisfazer no que diz respeito à competência complementar, que abrange a questão quando não há competência privativa de nenhum ente federativo e sempre quando a mesma questão seja resolvida em razão do referido interesse.

Braz (2006) exemplifica como problemas de interesse local: abastecimento, esporte e lazer. O autor de *Direito Municipal na Constituição* assevera que o termo abastecimento, não se refere apenas a comida, mas também abrange água e energia elétrica para toda a população.

Em outro âmbito, quando o patrimônio histórico municipal está correndo riscos, cabe ao próprio Município prover os meios necessários para protegê-lo, sem que se constitua dever de outros entes federativos.

A respeito do meio ambiente, a intervenção municipal se justifica no interesse local, na medida em que for apropriado. Enquanto a União dita regras gerais sobre o assunto, confere aos Estados, da mesma forma que aos Municípios, que resolvam suas questões no âmbito de sua competência privativa.

Quanto ao combate às causas da pobreza, cabe aos Municípios estabelecer em suas sedes programas desenvolvidos pela União com esse fim, agindo particularmente como gestores especiais através de suas secretarias.

A educação, além da escolaridade obrigatória, envolve o acesso à cultura, dentro ou fora das escolas ou outras entidades financiadas por entes federativos. Noutra ponto, o acesso à saúde também inclui o acesso à assistência social como um meio de proteção da família e garantia constitucionalmente adquirida por trabalhadores em geral.

É oportuno esclarecer que, com a Constituição de 1988, houve no Brasil uma ampliação enorme dos acessos aos serviços de saúde pública. Foi necessário descentralizar o poder nesta matéria, o que possibilitou que o Município também acabasse sendo um gestor da saúde pública, organizando sua prestação.

Petrônio Braz (2006, p. 177), falando sobre a possibilidade de cooperação entre os entes federados, diz que o ordenamento pátrio oferece meios para a consecução desse fim:

Existe a competência de cooperação quando uma entidade federativa, a quem não compete originariamente a atribuição funcional para a prática de certos atos administrativos, se adentra de forma válida ou por disposição legal na esfera funcional de outra, com vistas a atender os fins do Estado, em sua concepção genérica. Ao Município compete manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, programas de educação pré-escolar, de ensino fundamental, assim como prestar serviços de atenção a saúde da população.

Nessa análise de Petrônio Braz, observamos que a competência de cooperação consiste, na realidade, em prestações que os entes federativos hão de entregar aos cidadãos, para cuja consecução os entes se veem obrigados a se unirem.

E sobre competência complementar Petrônio Braz (2006, p. 194) expõe:

(...) é a que se estabelece por ampliação, permitindo a solução de possíveis conflitos, atribuindo-se aos Municípios capacidade para elaborar leis, em atenção ao interesse local, que versa sobre a matéria não definida em sua competência exclusiva. A Constituição Federal proporcionou aos Municípios os mais amplos poderes para complementar, em assuntos de interesse local, as legislações federal e estadual.

A delimitação dessa competência complementar é aberta, em virtude da própria autonomia legislativa dos Municípios. Se a União e os estados ditam a lei que não satisfaz o interesse local, corresponde ao Município suprir essa lacuna legislativa. Por vezes, essa competência pode confundir-se com a competência exclusiva, em razão de que o ente maior não pode fixar regras em situações onde só o Município pode ditar sua legislação em virtude do interesse local. A diferença está se a lacuna afeta a um ato privativo ou não.

É oportuno citar o que Corralo (2006, p. 178) diz sobre a competência complementar dos Municípios:

É desde o prisma do interesse local que o Município pode e deve exercer a competência complementar prevista no artigo 30, II da Constituição, que é uma competência legislativa compartilhada primária, pois, deriva do próprio texto constitucional. Frente a omissão da União, o Município poderá exercer uma competência complementar através de normas gerais.

Mesmo falando de competência complementar, é possível discorrer sobre a possibilidade estatal de criar consórcios entre Municípios com a finalidade específica de planejar e executar obra pública (sem se falar em outras finalidades temáticas) que seja de interesse de todos os envolvidos no processo. Tal possibilidade requer um consenso legal pela

necessidade de que certas localidades municipais, grupos de Municípios e regiões metropolitanas organizem situações em comum.

## 2.4. O Prefeito

O prefeito é o representante do Município, eleito mediante sufrágio livre de todas as pessoas aptas para votar na correspondente eleição e desenvolve papel primordial na organização pública e na criação de políticas públicas adequadas para a localidade.

No Brasil, há a divisão dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário; como regra, um poder não pode assumir atribuições de outro, de modo que a harmonia entre os poderes da administração pública brasileira é alcançada. Assim, a prefeitura é o centro da administração municipal, dirigida pelo prefeito, a quem vários órgãos, tais como secretarias municipais ou gerencias, são subordinados.

A organização executiva local não tem apenas a função de fazer cumprir as leis que emanam do Legislativo, mas também para organizar as políticas públicas destinadas aos seus cidadãos, buscando uma administração pública mais forte e capaz de solucionar os problemas da população local.

Na organização municipal, os secretários também realizam funções como agentes públicos, sendo responsáveis administrativamente pelos seus respectivos setores. Sua designação é atribuição do prefeito. Há uma divisão das tarefas municipais segundo as necessidades, razão pela qual se criam as secretarias.

Mais uma vez recorremos aos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 710), para definição da figura do prefeito:

O prefeito é o chefe do Executivo municipal, agente político, dirigente supremo da prefeitura. Como chefe do Executivo e agente político, tem atribuições governamentais e administrativas. No desempenho do cargo, em que é investido por eleição, não fica submetido hierarquicamente a nenhuma autoridade, órgão ou poder estadual ou federal, somente se sujeita ao controle da Câmara, segundo as normas específicas da administração local, e as leis gerais do estado membro e da União. Exerce suas funções com plena liberdade, no marco da competência funcional e nos limites da autonomia municipal.

A figura do prefeito é para o Município o que o governador é para o Estado e o presidente para a União, guardadas as devidas proporções ao caso que aqui se trata. Como derivação da conquista de poder pelos entes locais, surgiu um Poder Executivo com funções locais similares as dos demais chefes das outras duas esferas. Portanto, o prefeito é o representante maior do Município, exercendo a função de representante legal e de autoridade no que se refere à organização municipal local.

Como “todo o poder emana do povo”, cabe à população exercer sua atribuição de escolher a pessoa para o exercício do mandato de prefeito em cada Município. Esse cidadão é eleito por sufrágio aberto e exercerá as suas funções em nome do povo de sua cidade, os seus poderes são previsto pela Lei Orgânica de cada Município, o que, como já mencionado anteriormente neste estudo, é a lei maior.

Convém ressaltar novamente que, para organizar seu poder, o prefeito não está abaixo das ordens de nenhum outro agente político, de modo que exerce sua função de forma independente. Buscando a capacidade plena de trabalho, a independência funcional é uma garantia do pleno exercício do mandato eletivo do poder público municipal.

Cabe ao chefe do Executivo municipal designar todos os secretários municipais, a fim de descentralizar a administração e proporcionar ao prefeito maior capacidade de gestão, para que se atinja a satisfação administrativa plena, em todas as áreas.

O prefeito realiza seu papel mediante atitudes que tratem de questões diretas, cujo fundamento seja resolver situações ou potencializar uma melhor qualidade de vida nos Municípios. Quando falamos sobre os poderes do prefeito no exercício do seu cargo de chefe do Executivo municipal, é importante retornar ao que Hely Lopes Meirelles (2006) ensina. Ele afirma que os poderes do prefeito e chefe Executivo municipal é dividido em dois tipos distintos, a saber: autoridade política e atribuições de caráter administrativo.

Há atos administrativos do prefeito que possuem a qualidade de vinculantes e outros não, que integram a gestão própria dele. Da mesma forma que existem atos do prefeito que devem ser aprovados pela Câmara Municipal para ser validado, enquanto outros não necessitam.

O prefeito também será responsável por assegurar a equidade e organizar questões orçamentárias municipais, incluindo a Lei Orçamentária Anual (LOA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA).

Compete também ao prefeito organizar as obras necessárias para o Município e os cidadãos, assim como organizar o pessoal vinculado à prefeitura para a execução das atividades que lhes são próprias em nome do princípio da eficiência. Cremos oportuno citar Cretella Júnior (1981, p. 29):

Pelo próprio princípio do poder-dever, o administrado municipal tem não só a faculdade, o direito e prerrogativa de atuar, mas também o dever, a obrigação de tomar providências em determinados casos previstos em lei, sob pena de incorrer em responsabilidades, como acontece, por exemplo, na instauração de uma investigação administrativa, quando a natureza da falta assim o exija, ou em caso de aplicação de sanções.

É oportuno ressaltar que o prefeito não é funcionário público, e sim um agente político, o que lhe corresponde às disposições relativas aos governantes. Hely Lopes (2006, p.

775) analisa a responsabilidade do prefeito afirmando que pode existir um triplo aspecto: penal, político-administrativo e cível. Cada um se desenrola em processos independentes.

A responsabilidade penal do administrador público municipal se refere a todo ato que resulte na consumação de um delito, tanto no âmbito do código penal como no âmbito de uma lei específica dessa área. Quanto a responsabilidade político-administrativo se refere a qualquer transgressão que atente contra os aspectos éticos da função de prefeito e que podem levar a sua cassação. Essas situações são previstas nas leis orgânicas dos Municípios, em leis especiais e na Constituição Federal em seu artigo 29-A, parágrafo 2º, I, II e III. E a responsabilidade civil diz respeito às questões que o prefeito não cumpre, tendo que ressarcir as finanças públicas alguma despesa ou outras questões ligadas ao orçamento municipal.

### 3. Conclusões

No presente artigo tivemos a oportunidade de aprofundarmos a questão da organização do município no Brasil, observando aspectos do direito no âmbito municipal, e, por conseguinte, peculiaridades do poder local.

O “poder local” traduz a prerrogativa autoadministrativa dos Municípios, como também a capacidade de administrar os interesses públicos locais. E, conseqüentemente, sempre que se analisa a questão das competências dos entes locais, incidi-se, obrigatoriamente, na análise de temas correlatos como o “interesse local”, o “poder local” e a “descentralização”.

Dentro de todo contexto estudado, vale ressaltar que uma primeira conclusão nos remete a um aspecto muito importante, qual seja: o caráter funcional dessa autonomia local, que diz respeito à organização da administração, dos serviços que se devem prestar e da forma que essa função está intimamente ligada às prerrogativas da entidade local de assumir deveres comuns, que, por conseguinte, passam a ser de sua competência a partir das previsões legais.

Para tanto, a autonomia é imprescindível em relação aos assuntos que o ente local tem maior pertinência, ou seja, no que diz respeito a organizar políticas públicas com o objetivo de satisfazer as necessidades da população local, na incessante busca de alcançar o bem-estar social no meio comunitário.

E para viabilização do objetivo primordial de satisfazer necessidades da população, o fator funcional é pedra angular. Nesse sentido, o fator funcional se refere à execução de função relativa ao conjunto de competências que podem ser desenvolvidas pelo Município, incluindo o conteúdo dessas funções, preferencialmente na intervenção social e econômica.

O pensamento doutrinário comentado se aplica obviamente à realidade brasileira, com ênfase no sentido de que as funções da municipalidade devem funcionar em quaisquer das circunstâncias, favorecendo o bom funcionamento da área administrativa local em favor do interesse dos cidadãos.

Outra conclusão diz respeito ao fato de que, no Brasil, a autonomia municipal e a força na formulação de suas competências, tem como pressuposto principal a necessidade de defender o caráter descentralizador, assim como o interesse local de cada município. Esse caráter descentralizador proporciona que as ações do Executivo local supram de forma mais eficaz às necessidades do cidadão.

No Brasil, como bem explorado no decorrer do trabalho, cada município cria sua própria Lei Orgânica municipal, significando que a organização municipal brasileira possui maior efetividade, considerando uma forte necessidade de descentralização do poder executivo, uma vez que nosso país é de proporções continentais, com pluralidade de culturas, diversidade ambiental, etc.

Diante de tudo, é possível concluir ainda que os aspectos da evolução histórica dos Municípios, da autonomia, da competência e, ainda, das atribuições dos prefeitos, interferem no poder local e, conseqüentemente, refletem diretamente os interesses dos cidadãos.

Assim, o Município, sem dúvida alguma, caracteriza-se como ente público que está mais próximo ao cidadão e, conseqüente, pode resolver de forma mais efetiva os problemas que mais afetam a coletividade.

#### 4. Referências

- BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora NDJ, 2012.
- BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal na Constituição**. 6. ed. São Paulo: Mizuno, 2006.
- CABALLERO, Francisco Velasco. **Autonomía Municipal**. In: II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. 2007. Disponível em: <[http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Autonomia%20Local\\_Velasco.pdf](http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Autonomia%20Local_Velasco.pdf)> Acesso em 03 de maio de 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, Coimbra. 2003
- CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Del Rey, Belo Horizonte. 2006
- CORRALO, Giovanni da Silva. **Município - Autonomia da Federação Brasileira**. Juruá, Curitiba. 2006.
- COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro**. 3. ed. Forense, Rio de Janeiro. 2006.

- LEITE, David de Medeiros. **Presupuesto Participativo en municipios brasileños: Aspectos Jurídicos y Administrativos**. Madrid: Editorial Académica Española, 2012.
- LOZANO, Fernando Cordeiro. **El pacto local: un punto de partida**. Disponível em: <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=266037&orden=90225](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=266037&orden=90225)> Acesso em: 05 de maio de 2014.
- MACHO, Luis Miguez. **El régimen de las grandes ciudades**. In: La Modernización Del Gobierno Local. Atelier, Barcelona. 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. Malheiros, São Paulo. 2006.
- MELLO FILHO, Urbano Vitalino. **Direito Municipal em Movimento**. Del Rey, Belo Horizonte. 1999.
- ORDUÑA REBOLLO, Enrique. **La administración local en la constitución de 1978**. Disponível em: <[dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1111910.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1111910.pdf)> Acesso em: 05 de maio de 2014.
- PÉREZ, M Antonia Ramírez; MARTÍNEZ, Cecilia Pitt; YÁÑEZ, Clemente J. Navarro. La estructura de oportunidades de la política local. El caso de los municipios andaluces. **Revista de Estudios Regionales**, nº 79, pp. 99-126. 2007.
- PINDADO, Fernando. La participación no se improvisa. **Revista de estudios locales**, Madrid, Num. 87, p. 10. 2005.
- QUESADA, Miguel-Ángel Ladero. Las ordenanzas locales. Siglos XIII-XVIII, En la España Medieval.. **Servicio de publicaciones**, Universidad Complutense, Madrid, nº 21, p. 294-295. 1998.
- RESENDE, Antônio José Calhau de. Autonomia Municipal e Lei Orgânica. **Caderno Escola Legislativa**, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, pp. 7-42. 2008.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima. **Estudio Práctico de las asociaciones – Democracia directa y otras formas de participación ciudadana**. Lex Nova, Valladolid. 2004.
- VELASCO, Joaquín Huelín Martínez de. **Globalización y principio de autonomía local**. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2008
- WAGNER, Francisco Sosa. **Manual de Derecho Local**. Aranzadi. Navarro. 2005.