

# **DIREITO & PAZ**

Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012 - Lorena/SP  
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

**APOIO - UNISAL**  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Direito & Paz – Ano XIV. N.º 26 (2012)  
Lorena: Editoria: Pablo Jiménez Serrano, 2012

Semestral

ISSN 1518-7047

Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro  
Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

CDU – 34

Os direitos de publicação desta revista  
são do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

Os textos publicados na Revista  
são de inteira responsabilidade de seus autores.  
Permite-se a reprodução, desde que citada a fonte e o autor.

**Endereço para correspondência:**

Revista Direito & Paz – UNISAL  
Rua Dom Bosco, 284,  
Centro – Lorena – SP  
CEP 12.600-970  
Tel.: (12) 3159-2033  
E-mail: revistas@lo.unisal.br

**Endereço para permuta:**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
Rua Dom Bosco, 284,  
Centro – Lorena – SP  
CEP 12600-970  
Tel: (12) 3159-2033  
E-mail: revistas@lo.unisal.br  
Pedidos: biblioteca@lo.unisal.br

# **DIREITO & PAZ**

Publicação periódica do Centro Unisal – Lorena  
Periódico indexado no Diretório do Sistema Latindex

Ano XIV– N.º 26 – 1.º Semestre/2012 – p. 496 – 20,5 cm  
ISSN 1518-7047 – CDU – 34

**Chanceler:** *P. Dr. Edson Donizete Castilho*

**Reitor:** *P. Dr. Ronaldo Zacharias*

**Pró-Reitora Acadêmica:** *Romane Fortes Bernardo*

**Pró-reitora de Extensão,**

**Ação Comunitária e Pastoral:** *Regina Vazquez del Rio Jantke*

**LICEU CORAÇÃO DE JESUS – ENTIDADE MANTENEDORA**

**Presidente:** *P. José Adão Rodrigues da Silva*

**COORDENADOR DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

*Dra. Grasiela Augusta Ferreira Nascimento*

## **CONSELHO EDITORIAL**

**Presidente:** *Grasiela Augusta Ferreira Nascimento*

*Doutora em Direito. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

## **MEMBROS**

**Angel Rafael Marinho Castellano**

*Doutor em Direito. Professor e pesquisador da UFES.*

**Antonio Lopez Diaz**

*Professor e Conselheiro Maior. Conselho de Contas de Galicia. Espanha.*

**Cleber Francisco Alves**

*Doutor em Direito. Professor da Universidade Católica de Petrópolis – UCP*

**Consuelo Yatsuda Morimizato Yoshida**

*Doutora em Direito. Professora e pesquisadora  
do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Maria Aparecida Alkimin**

*Doutora em Direito. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito  
do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Maria Ether Martínez Quinteiro**

*Departamento de História Medieval, Moderna Y Contemporânea, Facultad de Geografía  
e Historia, directora Del Centro de Estudios de La mujer y especialista em de reconocido  
prestigio em Derechos Humanos y ciudadanía. – USAL-Espanha.*

**Pilar Jiménez Tello**

*Doutora em Direito. Universidad de Salamanca*

*Unidad de Evaluación de la Calidad. Área de Estudios y Planificación. – USAL – Espanha.*

**Raúl Cervini**

*Catedrático de Direito Penal e Diretor do Departamento Penal da Universidade Católica do Uruguai – UCUDAL. Professor de Direito Penal da Universidade Mayor de la República – UDELAR. Secretário Geral para América Latina e Vice presidente do Conselho Consultivo Internacional do ICEPS.*

**Rosana Siqueira Bertucci**

*Doutora em Direito. Professora da Faculdade Mato Grosso do Sul – FACSUL.*

**Soraya Lunardi**

*Doutora em Direito. Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito de Marília.*

#### **CONSELHO CIENTÍFICO-TÉCNICO:**

**Editor Responsável:** *Pablo Jiménez Serrano*

*Doutor em Direito. Professor e pesquisador do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Revisão Editorial:**

**Paulo Cesar da Silva**

*Doutor em Filosofia, professor e pesquisador do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Marcilene Rodrigues Pereira Bueno**

*Mestre em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), professora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

**Tradução:**

*Julio Sudario De Biasi.*

**Projeto gráfico da capa:**

*Camila Martinelli Rocha*

**Impressão e acabamento:**

**Gráfica e Editora Santuário** – Rua Padre Claro Monteiro, 342

Fone: (12) 3104-2000 – 12570-000 – Aparecida-SP.

[www.editorasantuario.com.br](http://www.editorasantuario.com.br)

---

**Pede-se permuta.**

We request exchange. Se solicita canje.

Si chiele lo scambio. On demandé l' échange. Wir erbitte

# Sumário

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Editorial                                                                                                                        |     |
| <i>Conselho Editorial</i> .....                                                                                                  | 7   |
| 1. A concretização dos direitos sociais como imperativo da igualdade material: políticas públicas educacionais e tutela coletiva |     |
| • José Antonio Remédio                                                                                                           |     |
| • Rodrigo Batista Coelho .....                                                                                                   | 9   |
| 2. Os Direitos Humanos e Fundamentais precisam ser reconhecidos e assegurados nas sociedades locais                              |     |
| • Adir Ubaldó Rech                                                                                                               |     |
| • Adivandro Rech.....                                                                                                            | 41  |
| 3. La justicia ambiental cubana, retos en el siglo XXI.                                                                          |     |
| • Alcides Antúñez Sánchez                                                                                                        |     |
| • Carlos Justo Bruzon Viltres                                                                                                    |     |
| • Armando Guillermo Antunez Sánchez.....                                                                                         | 69  |
| 4. A Exploração do trabalho infanto-juvenil e o Direito Penal brasileiro                                                         |     |
| • Frediano José Momesso Teodoro .....                                                                                            | 129 |
| 5. O critério material da hipótese de incidência do ISS à luz da súmula vinculante de nº. 31                                     |     |
| • Everton Antunes Nogueira                                                                                                       |     |
| • Salomão David Nacur Soares de Azevedo .....                                                                                    | 171 |
| 6. Uma releitura do princípio da capacidade contributiva à luz do neoconstitucionalismo                                          |     |
| • Keziah Alessandra Vianna Silva Pinto                                                                                           |     |
| • Milena Zampieri Sellmann de Menezes .....                                                                                      | 193 |

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7. Inclusão de incidente de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil                    |     |
| • <i>Kelly Cardoso Mendes de Moraes</i> .....                                                                   | 227 |
| 8. Caminhos do Humanismo: Autodisciplina e Justiça Participativa em prol da realização do Bem Comum na Internet |     |
| • <i>Lafayette Pozzoli</i>                                                                                      |     |
| • <i>Bruna Pinotti Garcias</i> .....                                                                            | 251 |
| 9. Para uma perspectiva latino-americana e amancipatória dos Direitos Humanos                                   |     |
| • <i>Leilane Serratine Grubba</i> .....                                                                         | 289 |
| 10. A concepção dos Direitos Fundamentais a partir dos ideais de Justiça                                        |     |
| • <i>Hamilton da Cunha Iribure Júnior</i> .....                                                                 | 321 |
| 11. Bioética e Biodireito: princípios comuns na diversidade                                                     |     |
| • <i>Lino Rampazzo</i>                                                                                          |     |
| • <i>Marcus Tadeu Maciel Nahur</i> .....                                                                        | 357 |
| 12. Direitos sociais e manipulação das carências do povo pela propaganda dos órgãos públicos                    |     |
| • <i>Marcos Antônio Striquer Soares</i> .....                                                                   | 387 |
| 13. O princípio da igualdade e a concretização dos direitos sociais fundamentais                                |     |
| • <i>Luis Alberto da Costa</i> .....                                                                            | 411 |
| 14. Cidadania do recém-nascido: declaração de nascido vivo prevista pela Lei nº 12.662 de 06.06.2012            |     |
| • <i>Regina Vera Villas Bôas</i> .....                                                                          | 447 |
| 15. As normas de competência e o processo                                                                       |     |
| • <i>Pedro Sobrino Porto Virgolino</i>                                                                          |     |
| • <i>Fernanda Brasileiro de Almeida</i>                                                                         |     |
| • <i>Angel Rafael Mariño Castellanos</i> .....                                                                  | 463 |
| Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação .....                              | 481 |
| Edição e coedições recentes do UNISAL .....                                                                     | 489 |

## Editorial

O presente número destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, contribuem para a atualização do conhecimento jurídico sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito (*stricto sensu*) do Centro Salesiano de São Paulo – UNISAL.

Contudo, visando abrir um espaço para a reflexão acerca das questões vinculadas à teoria, à prática e ao ensino do Direito no país, objetiva-se divulgar os resultados das pesquisas jurídicas desenvolvidas pelos docentes e pesquisadores do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL e demais professores e pesquisadores convidados.

Assim, a seguir, priorizamos a publicação de trabalhos jurídicos de grande penetração na comunidade acadêmica nacional e internacional.

*O Conselho Editorial*





# **A concretização dos direitos sociais como imperativo da igualdade material: políticas públicas educacionais e tutela coletiva**

Artigo recebido em 10/11/2011.

Revisado em 11/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## **José Antonio Remédio**

Promotor de Justiça. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de graduação e pós-graduação (mestrado) da UNIMEP. E-mail: jaremedio@yahoo.com.br.

## **Rodrigo Batista Coelho**

Advogado. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Membro da Comissão de Ética e Disciplina da OAB/SP, subseção Campinas/SP. E-mail: rodrigobcoelho@hotmail.com.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

A concretização dos direitos sociais como imperativo da igualdade material:  
políticas públicas educacionais e tutela coletiva - pp. 9-40

REMÉDIO J. A. / COELHO R. B.

## Resumo

O avanço do neoliberalismo e dos processos globalizantes tende a promover o esvaziamento do Estado Social. Os direitos sociais, no entanto, devem ser levados a sério, sobretudo porque, em face de sua fundamentalidade, viabilizam a liberdade e a igualdade fáticas do indivíduo. A implementação de políticas públicas, em especial a relativa ao direito à educação, representa importante instrumento de concretização coletiva dos direitos sociais.

## Palavras-chaves

Direitos sociais – políticas públicas – direito à educação – tutela coletiva

## Abstract

The progress of neoliberalism and the global processes tends to promote the evacuation of the Social State. Social rights, however, must be taken seriously, because in face of its fundamentality, they allow the real freedom and equality of the individual himself. The implementation of the public policies, specially the ones related to the right to education, represents an important tool to a collective achievement of the social rights.

## Keywords

Social rights – public policies – right to education – collective protection.

## Sumário

Introdução. 1. Histórico dos direitos sociais. 2. Principais características dos direitos sociais e igualdade material. 3. Entraves para a concretização dos direitos sociais. 4. Concretização de direitos sociais e tutelas coletivas: a implementação de políticas públicas. 5. A judicialização das políticas públicas educacionais. Conclusão. Referências.

## Introdução

Os direitos fundamentais sociais encontram vários obstáculos para sua efetiva concretização, dentre os quais, de um lado, a aplicação de critérios hermenêuticos que acabam por lhes subtrair o traço fundamental assegurado pela Constituição Federal e, de outro lado, o desmedido avanço da globalização e do neoliberalismo, calcados basicamente na busca de obtenção de lucro do capital a qualquer custo.

As crises econômicas mundiais que marcaram o início do Terceiro Milênio têm provocado dilacerações na concepção clássica do Estado Social, sendo os direitos sociais os primeiros a serem afetados com as medidas adotadas tendentes a debelá-las, como se verifica com a

implantação de variados “planos ou pacotes de ajustes econômicos”. Os “cortes de verbas públicas”, uma das medidas normalmente utilizadas na implantação dos “planos ou pacotes de ajustes econômicos”, são sentidos em diversas áreas sociais, dentre as quais a educação e a saúde, tudo para atender à lógica de um sistema capitalista perverso, que prima pela robustez financeira de grupos econômicos em detrimento do bem-estar da população.

A isso se soma a fragilidade intrínseca relativa à natureza dos direitos sociais, relativamente ao seu estatuto constitucional, uma vez que estes são realizados através de “tarefas de Estado”, programas de objetivos sujeitos a amplas margens legislativas e políticas de configuração (HESSE, 2009, p. 46-48).

O esvaziamento do Estado tem provocado dificuldades incomensuráveis na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, de modo que seu processo evolutivo “no sentido da formalização e da constitucionalização, como uma etapa *positiva de positivação* – evolução dos *direitos humanos* para *direitos fundamentais* – surge hoje neutralizada pelas obsessivas críticas à *crise do Estado Social*” (CANOTILHO, 2008, p. 255).

Nesse cenário, impõe-se enfrentar os principais óbices hoje existentes para a concretização dos direitos sociais, assim como apresentar alternativas que possibilitem sua superação, tendo por principal escopo a obtenção da justiça distributiva, por meio da implementação eficiente e universal de políticas públicas sociais, em especial através de instrumentos judiciais de tutela coletiva.

Nesse sentido, e com o fito de reafirmar a

fundamentalidade dos direitos sociais, insta trazer à baila o exemplo do direito social à educação, um direito fundamental por excelência, cuja concretização, mais do que qualquer outro direito social, vincula-se intimamente à noção de igualdade e liberdade, sem as quais resta inviável a consolidação de um autêntico Estado Social de Direito.

## 1. Histórico dos direitos sociais

As Declarações de Direitos, com destaque para a Declaração da Virgínia de 1776, representaram importante avanço no reconhecimento dos direitos fundamentais do homem. A Declaração Francesa de 1789 configurou o coroamento dos direitos fundamentais vinculados ao valor liberdade e a derrocada do Estado absolutista, fazendo triunfar a burguesia, que até hoje se consolida como classe dominante.

No período da Revolução Francesa procurou-se reinventar a noção grega de democracia, tendo nisso constituído “a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien regime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa.” Todavia, o espírito original da democracia moderna não foi a defesa do povo pobre contra a minoria rica, “mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável” A democracia moderna, nesse ponto, diferiu da democracia praticada na Grécia Antiga, posto que “surgiu como um movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer

preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica (COMPARATO, 2010, p. 63-64).

Em seguida, com o advento da Revolução Industrial, foi possível perceber que as liberdades públicas (de aspecto negativo), que tradicionalmente representam os direitos de primeira geração, não seriam suficientes para garantir ao indivíduo uma vida em condições dignas.

O resultado da atomização social decorrente da Revolução Industrial, já na primeira metade do século XIX, foi a brutal pauperização das massas proletárias, quadro esse que suscitou a indignação dos espíritos e provocou a organização da classe trabalhadora (COMPARATO, 2010, p. 66).

Tendo a burguesia alcançado a posição de classe social dominante, esta não via limites para seu anseio de ampliação da produção e das riquezas, inclusive impondo condições indignas à classe trabalhadora recém constituída, fazendo, então, com que se estabelecesse a luta do proletariado pela instituição de direitos diretamente ligados ao valor igualdade, com vistas à implementação de prestações materiais e jurídicas que pudessem reduzir as desigualdades no plano fático.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, o descaso para com os problemas sociais que veio a caracterizar o *État Gendarme*, aliado às pressões decorrentes da industrialização, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social, sendo que o ideal absenteísta do Estado liberal não respondia satisfatoriamente a tais exigências. “Uma nova compreensão do relacionamento

Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumirem o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais”. Disso decorre “o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 155).

O sistema de proteção social, com o pós-guerra (1945), consolida o modelo de Estado Social francês, também conhecido como Estado-Providência ou Estado de Bem-Estar Social. Este, por sua vez, “caracteriza-se por ser um modelo de proteção social baseado na ideia de redistribuição de recursos pelo Estado (solidariedade nacional) e financiado, majoritariamente, por um sistema de seguridade social por repartição.” Sua vocação, de cunho universalista, pretendia evitar os “riscos sociais de empobrecimento, velhice e doenças que atingiam os trabalhadores no pós-guerra e, assim, manter a coesão social” (BUSTILLOS, 2001, p. 195-212).

Os direitos sociais, com base no princípio da solidariedade, passam a ser reconhecidos como direitos humanos, dirigidos aos mais fracos e mais pobres, sendo que sua consagração nos textos Constitucionais teve início no século XX, em especial por meio da Constituição Mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919.

Apesar da importância dos direitos sociais na construção de uma sociedade igualitária, focada no respeito irrestrito da dignidade da pessoa humana, é certo que nos dias atuais, marcados pelo triunfo da globalização liberal e pela crise do Estado Social, cada vez mais a socialidade estatal e os direitos sociais são ameaçados, não apenas sob o

prisma da graduabilidade, mas também da reversibilidade das posições sociais, pelo que se faz importante a constante reafirmação do compromisso constitucional na manutenção da força normativa da “constituição social” (CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, 2010, p. 13).

Por esse raciocínio, a importância dos direitos sociais resta mais acentuada em países como Brasil, posto que, “em termos de legitimidade e democracia, jamais há de prosperar, em países periféricos, Estado de Direito sem Estado Social” (BONAVIDES, 2011, p. 588).

## 2. Principais características dos direitos sociais e igualdade material

Os direitos sociais, entendidos como sendo “obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma *ação positiva* a cargo dos poderes públicos” (QUEIROZ, 2006, p. 25), possuem assento no princípio da dignidade humana e estão vinculados umbilicalmente ao valor “igualdade”.

Para Vidal Serrano Nunes Júnior, os direitos sociais correspondem ao subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, buscam, por meio da atribuição de direitos prestacionais, pela normatização e regulação das relações econômicas, ou pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade (2009, p. 70).

De outro lado, os direitos sociais caracterizam-se por viabilizarem outros direitos, daí porque serem



conhecidos como direitos-meio, “isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração” (BUCCI, 2006, p. 3). Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais também “garantem a liberdade fática” (QUEIROZ, 2006, p. 49).

Os direitos sociais, sob esse enfoque, servem para viabilizar os direitos fundamentais de primeira geração, funcionando “como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA, 2002, p. 286).

Os direitos e liberdades individuais não podem ser dissociados dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, assevera José Joaquim Gomes Canotilho que “o paradigma da *liberdade* igual, razoável e racionalmente estruturado em termos de uma *justiça* ou de uma *modalidade* normativo-constitucionalmente plasmada, pressupõe uma ordem *jurídico-constitucional de reciprocidade*”, assentando-se esta ordem em ideias intensamente trabalhadas pelos movimentos sociais (2008, p. 106).

Todavia, é no Cristianismo, fonte também de inspiração para as declarações de direitos do homem, que o princípio da igualdade, utilizado como substrato para a efetivação dos direitos sociais, assenta suas raízes. Levando em conta a mensagem de libertação do homem, com afirmação da dignidade da pessoa humana e da premissa de que os seres humanos seriam criaturas formadas à imagem e semelhança de Deus, o Cristianismo conduz

necessariamente à ideia de irmandade e igualdade entre os indivíduos (SILVA, 2002, p. 173).

O direito de igualdade é, sem sombra de dúvidas, “o signo fundamental da democracia”. Sua aplicação é essencial ao combate dos privilégios e das “distinções que um regime simplesmente liberal consagra.” Talvez, por isso, nas palavras de José Afonso da Silva, “é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade.” Isto porque “um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa” (SILVA, 2002, p. 210).

A concepção de igualdade no plano fático fomenta a construção de uma teoria que é, “entre outras coisas, um programa para a distribuição dos bens socialmente distribuíveis” (ALEXY, 2011, p. 425).

O Estado social, portanto, é um “produtor de igualdade fática”. Esse conceito de igualdade “obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.” Com isso, é de se reconhecer que “os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais básicos”, de sorte que “igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável.” Ou seja, “o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática” (BONAVIDES, 2011, p. 378).

A par dessas considerações, é possível imaginar quão

importante é a concretização dos direitos sociais, sobretudo para a parcela da população menos favorecida que, não raras vezes, encontra-se à margem do processo político, educacional e de distribuição de riquezas. Sem a previsão de direitos sociais que, num primeiro plano, consigam atingir especialmente os mais carentes e marginalizados, que só por isso demandam tratamento diferenciado na lei, a igualdade será mera retórica. É, pois, da essência dos direitos sociais prestigiar os menos favorecidos, corrigindo as distorções sociais existentes, de modo a tornar possível a efetivação da igualdade material.

Marcus Orione Gonçalves Correia sugere, inclusive, a utilização do princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais, asseverando ser indissociável a solidariedade do postulado da igualdade, de modo que se deve valorizar “a solidariedade como forma de se obter as verdadeiras liberdade e igualdade” (CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, 2010, p. 150-154).

Ainda, há de se consignar que, dentro da lógica da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, os direitos sociais também possuem a dimensão dos tradicionais “direitos de defesa” (QUEIROZ, 2006, p. 10), tal como os clássicos direitos de defesa decorrentes da concepção liberal-burguesa (liberdades públicas). Sob essa ótica, os direitos sociais servem para limitar a atuação estatal, abrangendo as posições jurídicas que eles intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos, bem ainda contra abusos de entidades particulares, “de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 673).

Portanto, sem que o Estado estabeleça como prioridade a concretização dos direitos fundamentais sociais, inclusive na conformação de toda a atuação estatal, tem-se por inexequível, no plano fático ou material, a efetivação do postulado da igualdade.

### 3. Entraves para a concretização dos direitos sociais

A concretização dos direitos sociais, não raras vezes, revela-se dificultada pelas mais variadas razões, dentre as quais, a dificuldade na identificação do “status” jurídico-normativo dessa espécie de direitos, a imprecisão de seu conteúdo e a indiscriminada utilização pelo Poder Público do argumento da “reserva do possível”.

A utilização do termo inglês “fuzzy”, que significa “coisa vaga” é bem apropriada para referir-se à teoria dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, “paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da *vagueza, indeterminação e impressionismo*”, o que vem sendo apelidado por alguns doutrinadores, “em termos caricaturais, sob a designação de *fuzzysmo* ou *metodologia fuzzy*” (CANOTILHO, 2008, p. 99).

É por isso que Konrad Hesse sustenta que a cláusula de Estado social de Direito não fundamenta, “a priori”, pretensões individuais diretas de qualquer tipo, embora possa ser de extraordinária importância para a interpretação dos direitos fundamentais que, como direitos derivados de participação, possam justificar tais demandas (2009, p. 50).

Outro aspecto do indeterminismo que paira sobre o tema relaciona-se à “instabilidade e imprecisão normativa de um *sistema jurídico aberto* – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (*system-immanente*), quer a conteúdos normativos transcendentais ao mesmo sistema (*system-transcendente*)”. Ou seja, o “*transformismo normativo* dará azo à passagem de um *discurso jurídico* rigoroso, centrado em categorias como *direitos subjetivos* e *deveres jurídicos*, para um *discurso político-constitucional*”, o qual, por sua vez, baseia-se “em programas concretizadores de princípios sectores e de directivas políticas” (CANOTILHO, 2008, p. 100-101).

Afora essas questões, e embora os direitos fundamentais sociais correspondam a prestações materiais a cargo do Estado, sua realização, segundo parte da doutrina, ainda estaria condicionada à existência de recursos financeiros pelo Estado, o que se vincula à noção de “graduabilidade da realização dos direitos sociais”.

É dessa concepção que nasce o argumento da “reserva do possível”, que tem sido apresentado pelo Estado como óbice à plena concretização dos direitos fundamentais sociais.

Com isso, à primeira vista, os direitos fundamentais sociais estariam “condicionados” e seriam “dependentes conjunturalmente”, sendo essas as maiores razões para parte da doutrina proceder à delimitação entre direitos de defesa, de um lado, e direitos sociais, de outro. Assim, no caso dos direitos de defesa, afirma-se não terem custos, por não dependerem da situação económico-social. Os direitos sociais, por sua vez, demandam custos, “só podendo ser garantidos na *medida do possível*, isto é, de

modo proporcional ao desenvolvimento e ao progresso econômico e social.” Desse modo, a dependência da conjuntura é que determinaria “os limites e a extensão dos *pressupostos de facto* da realização dos direitos fundamentais sociais” (QUEIROZ, 2006, p. 98).

O argumento da “reserva do possível” corresponde ao entendimento de que “a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade” (NUNES JUNIOR, 2009, p. 171).

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-DF, após ressaltar a intangibilidade do mínimo existencial, asseverou que os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível” ao processo de concretização dos direitos de segunda geração, de implantação sempre onerosa, traduzem-se em um binômio que compreende, cumulativamente, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro lado, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (STF, 2004, p. 12).

Nessa perspectiva, o argumento da “reserva do possível” evidencia “a dependência dos direitos fundamentais sociais dos *recursos econômicos* existentes”, além de revelar “a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira.” Com isso, fica evidente, no mínimo, “que a inexistência de recursos econômicos força os poderes

públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer” (QUEIROZ, 2006, p. 99).

Todavia, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a “reserva do possível”, consistente na escassez de recursos públicos em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, não imuniza o administrador de adimplir promessas vinculadas constitucionalmente aos direitos fundamentais prestacionais, principalmente levando-se em conta a notória destinação de recursos públicos para áreas que, embora inseridas na zona de ação pública (margem de ação estatal), são menos prioritárias e relevantes que os valores básicos da sociedade representados pelos direitos fundamentais (STJ, 2007, p. 314).

Ainda de acordo com a Corte citada, “assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público” (STJ, 2009).

Assim, não é difícil entender a existência de grande polêmica acerca do assunto, visto que o argumento da “reserva do possível” funciona como verdadeiro limite contingente à plena realização dos direitos fundamentais sociais, que, com isso, estariam condicionados a uma gradual concretização.

Em muitos casos, referido argumento é rechaçado, sobretudo quando diante da necessidade de cumprimento do “mínimo existencial” (de atendimento inescusável pelo Estado), o que suscita a possibilidade de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais mediante técnicas de “positivação” e “constitucionalização”, ganhando

importância, assim, alguns parâmetros de controle judicial, tais como os utilizados pelo Tribunal Constitucional Português, que leva em conta a “cláusula de igualdade, o controle da racionalidade da lei, a justificação da graduabilidade, a transitoriedade ou excepcionalidade da medida legislativa objecto de controle e, por último, a utilização da cláusula da *proibição de retrocesso social*” (QUEIROZ, 2006, p. 101).

Ana Paula de Barcellos, enfrentando o tema com clareza, oferece parâmetro para a utilização do argumento da “reserva do possível” e admite sua convivência com o “mínimo existencial.” A limitação de recursos é uma realidade que não pode ser ignorada, devendo ser levada em conta pelo magistrado, em face de pretensões deduzidas contra o Estado. Todavia, não se pode esquecer que incumbe ao Estado realizar os objetivos fundamentais da Constituição, sob a forma de obras, prestação de serviços ou realização de qualquer outra política pública. A meta central da Carta de 1988 pode ser resumida “na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade, ou seja, do mínimo existencial, estar-se-á estabelecendo os alvos prioritários dos gastos públicos e, “apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir”. Ou seja, o mínimo existencial, “associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (2002, p. 245-246).



Em dura crítica, afirma Josué Mastrodi que o argumento da “reserva do possível” não é “justificativa para negar ações sociais em países com economias consideradas entre as maiores do mundo, como é o caso do Brasil”. A “reserva do possível, numa situação como a brasileira, nada é senão pretexto para justificar a negativa de intervenção estatal em prioridades sociais”. Numa situação como a retratada, isso não é uma “reserva do possível”, mas uma “reserva de injustiça” (2008, p. 103).

A invocação da cláusula da “reserva do possível”, relativamente aos direitos sociais de uma forma geral, somente poderá ser considerada como argumento digno de análise (e não de aplicação automática), nas hipóteses em que o “mínimo existencial” estiver satisfeito e atendido, e desde que o Estado consiga demonstrar cabalmente a ausência de recursos para expandir as prestações sociais que lhe foram incumbidas constitucionalmente em caráter cogente.

Além dos argumentos antes expendidos, especificamente no tocante ao direito social à educação, a Constituição Federal brasileira é expressa ao determinar a aplicação anual de recursos objetivando sua efetivação.

Nos termos do art. 212 da Magna Carta (respeitados os ditames do art. 60 e 72, §§ 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados e o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Conforme dispõe a Lei Complementar 101, de 4-5-

2000, aplicável a todos os entes federativos, afronta a Lei de Responsabilidade Fiscal, com incidência das sanções e medidas nela previstas, o não cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação (art. 25, § 1º, IV, “b”).

Relativamente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, estatui a Constituição Federal que a não aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendido a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, constitui causa para a União neles intervir (art. 34, VII, “e”).

Assim, a concretização do direito social à educação pelo Poder Público jamais poderá deixar de ser realizada, seja em razão de não ser admissível a oposição da cláusula da “reserva do possível” relativamente a direitos sociais concernentes ao “mínimo existencial”, seja em face da vinculação de receitas dos entes federados na manutenção e desenvolvimento do ensino, identificando-se tal concretização, inclusive, como uma das prioridades a ser efetivada pelo Estado brasileiro.

#### 4. Concretização de direitos sociais e tutelas coletivas: a implementação de políticas públicas

Considerando toda a explanação acerca dos direitos fundamentais sociais, insta analisar o modo genérico de concretização desses direitos de cunho prestacional; ou seja, de que forma efetivamente os direitos sociais exteriorizam-se no mundo empírico. Assim, ganha destaque a implementação de “políticas públicas” pelo Estado, cuja noção “guarda íntima relação com o aparecimento

do Estado de bem-estar (*Welfare State*) - dirigente e prestacional -, marcado pelo compromisso de promover os reclamos sociais” (VICTOR, 2011, p. 17).

Concebidas como programas ou quadro de ação governamental, consistentes num conjunto de medidas articuladas ou coordenadas, as políticas públicas têm por finalidade “movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito” (BUCCI, 2006, p. 14), as quais possuem elementos bem definidos, como fins, objetivos, princípios diretrizes, instrumentos e sistema, com vistas a garantir ao cidadão a obtenção de prestações positivas do Estado.

Objetivamente falando, Luíza Cristina Fonseca Frischeisen entende que as políticas públicas representam, basicamente, “a eficácia social do direito do cidadão a obter prestações positivas do Estado” (2000, p. 76).

Resumem-se as políticas públicas ao modo de ação do Estado, ou seja, adotando o entendimento da doutrina francesa, elas são co-substanciais ao Estado (MORAND, 1999, p. 72), de sorte que é nos Estados Sociais que elas ganham inegável importância, por evidenciarem um verdadeiro ativismo estatal dirigido à sua execução (GONÇALVES, 2006, p. 78).

As políticas públicas, a despeito de outorgarem margens de ação aos seus executores, motivo pelo qual estão inseridas no campo da discricionariedade administrativa, não eximem o administrador público de sempre adotar, diante das opções conferidas pela margem legislativa, aquela que represente um “comportamento ótimo”, ou seja, o administrador sempre estará, “nos casos

*de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 32-33).

Por este entender, não basta ao administrador público, dentro das possíveis maneiras de implementar uma determinada política, optar por aquela que seu juízo subjetivo, de modo aleatório, entender mais adequada. Há de se fazer a opção por aquela que melhor consiga representar o comportamento ótimo, o que, em última análise, vincula-se à idéia de optar por aquela que mais consiga concretizar os direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, para além do reconhecimento da tradicional dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, estes também passaram a conformar a atuação estatal (dimensão objetiva), de modo que Mauro Cappelletti, na década de 1980, afirmava a importância da atuação positiva do Estado com a mudança desse paradigma, que correspondesse aos anseios do *Welfare State*, de modo a assegurar o gozo de direitos sociais básicos como saúde, educação e trabalho. Com isso, o direito processual foi tomado pela necessidade de mudança, razão pela qual a noção de acesso efetivo à justiça passou, progressivamente, a ser requisito fundamental – “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12).

Nessa esteira, “o acesso à justiça foi o desenvolver das idéias do Estado Social no plano jurídico-processual e foi o reconhecimento de que os direitos consagrados

não valem de nada se destituídos de mecanismos para sua efetivação” (LINS, 2008, p. 223-261).

Contudo, ainda resta superar o tradicional pensamento que, invariavelmente, correlaciona os direitos fundamentais sociais apenas a direitos subjetivos, acionáveis judicialmente por meio de processos individuais, em desprestígio do manuseio, pelos entes legitimados, dos instrumentos de tutela coletiva.

Nesse sentido, a prevalência das tutelas coletivas destinadas a reparar lesões a direitos fundamentais sociais parece ser a melhor opção para a garantia da concretização de direitos fundamentais de forma mais universal, com possibilidade de melhor implementação de políticas públicas nos casos de omissão do Poder Público.

Uma vez reconhecido que os direitos fundamentais podem suscitar situações semelhantes de reparação, no âmbito de uma coletividade (ex: várias crianças de uma localidade privadas do acesso ao ensino obrigatório e gratuito por falta de vagas), está-se diante de autênticos interesses transindividuais ou metaindividuais, também chamados de interesses coletivos em sentido amplo, os quais se caracterizam por estarem situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse particular, sendo compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. “São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público” (MAZZILLI, 2011, p. 50).

Ainda assim, em que pese a evidência deste raciocínio, fácil é constatar, na prática, a existência de um contencioso judicial que prima pelas tutelas individuais na seara dos direitos fundamentais, em vista de diversas

razões, embora reconhecível a necessidade de maior incentivo ao processo coletivo.

A propósito, a opção pela utilização dos instrumentos processuais coletivos é, na maioria das vezes, a mais adequada aos anseios de celeridade e eficiência, além fomentar mais adequadamente a justiça distributiva.

O ordenamento jurídico brasileiro é integrado por um microsistema que compõe o processo coletivo, cujos contornos básicos estão estabelecidos na Constituição Federal, na Lei nº 7.347, de 24-7-1985 e na Lei 8.078, de 11-9-1990 (REMÉDIO, 2011, p. 726).

A Constituição Federal de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais constantes do art. 37 da Magna Carta como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa dos direitos eclipsados por cláusulas pétreas (STJ, 2006, p. 256).

O Ministério Público exerce um papel de extrema relevância no que concerne à utilização de instrumentos judiciais de tutela coletiva.

Nas áreas dos direitos sociais, é pacífico o entendimento jurisprudencial no tocante à legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas para a proteção de direitos e interesses transindividuais, inclusive em relação ao direito fundamental à educação.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos (STJ, 2006, p. 256).

Mais recentemente, no âmbito do direito fundamental à saúde, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu entendimento, ao reconhecer a vocação constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais de relevância pública e de expressão para a coletividade, por meio da utilização dos institutos e instrumentos das normas que compõem o microssistema de tutela coletiva (STJ, 2011).

Os instrumentos de tutela coletiva permitem melhor controle das políticas públicas de direitos sociais, o que se insere no campo da judicialização.

## 5. A judicialização das políticas públicas educacionais

O direito social à educação está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana. Como é cediço, os direitos e garantias fundamentais, na Carta Magna brasileira, são integrados, dentre outros, pelos “direitos e deveres individuais e coletivos” e “direitos sociais”. A educação insere-se no texto da Lei Maior, tanto no Título II, Capítulo I, que trata dos “direitos e deveres individuais e coletivos”, como no Título II, Capítulo II, que diz respeito aos “direitos sociais”. Ademais, a temática educacional também é tratada em outras disposições do Texto Constitucional, como, por exemplo, no Capítulo III (arts. 205 a 214) do Título VIII (Da ordem social).

O art. 6º, “caput”, da Constituição Federal de 1988, por sua vez, é expresso ao incluir a educação no rol dos direitos sociais.

O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático. O conceito de educação é mais compreensivo do que o da mera instrução, objetivando a educação propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando, tendo o processo educacional, por meta, qualificar o educando para o trabalho e prepará-lo para o exercício consciente da cidadania (MELLO FILHO, 1986, p. 533).

A judicialização de políticas públicas na seara educacional nada mais é que a concretização do direito fundamental à educação, indispensável à formação integral do indivíduo, por intermédio do Poder Judiciário, em vista de ter sido negligenciado pelos Poderes que precipuamente deveriam realizá-lo (Poder Executivo e Poder Legislativo).

Tal postura foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, dentre outros casos, em relação à omissão da Administração quanto ao transporte de alunos da rede estadual de ensino (STF, 2010d) e à carência de professores em unidades de ensino público (STF, 2009).

Considerando que a educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos, e que é dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício, o Supremo Tribunal Federal sufragou o entendimento no sentido de que, embora a prerrogativa de formular e executar políticas públicas resida primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo, é possível ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, especialmente



nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, definir sejam elas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão, por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional (STF, 2010d).

Especificamente em relação à educação infantil, decidiu o Supremo Tribunal Federal ser ela prerrogativa constitucional indisponível, que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares, sendo possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (STF, 2010a).

No que diz respeito aos meios procedimentais existentes para que o Poder Judiciário possa exigir a implantação de políticas públicas, no caso de omissão dos órgãos estatais competentes, a ação civil pública (STF, 2010b e 2010c) identifica-se como o instrumento mais adequado para cumprir tal desiderato, especialmente em relação às políticas alusivas ao direito fundamental social à educação (STF, 2010d).

É de se ponderar que “de nada adiantam preceitos legais que vinculem educação e cidadania, se os responsáveis pela efetivação da educação não estiverem comprometidos e preparados para essa finalidade” (FERREIRA, 2010, p. 134), pois, como lembra Norberto Bobbio, será de pouca valia a lei que aponta um bom caminho, se os caminhantes

“enxergam com clareza, mas têm os pés presos, ou poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados” (BOBBIO, 1992, p. 63).

Desse modo, é de vital relevância o controle judicial das políticas públicas educacionais, como forma de garantia do acesso à educação, em todos os seus níveis. A atuação judicial, sobretudo quando relacionada à tutela coletiva, serve de estímulo ao exercício da plena cidadania. A atuação judicial, no caso, não implica violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, desde que respeitados os próprios limites impostos pela Constituição Federal. Trata-se, na hipótese, não de violação ao aludido princípio, mas sim de cumprimento de norma constitucional impositiva, de cumprimento muitas vezes sonegado pelos Poderes Públicos.

## Conclusão

Aos direitos fundamentais sociais, que derivam da luta do proletariado para a redução das desigualdades no plano material, há de se atribuir máxima efetividade para fins de sua concretização, a despeito de serem direitos condicionados à atuação estatal. Assim, as disposições normativas que a eles se referem devem vincular obrigatoriamente o Estado, sobretudo naquilo que se relaciona ao “mínimo existencial” e, por consequência, diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A invocação do argumento da “reserva do possível”, que serve de verdadeiro óbice à efetividade plena dos direitos sociais, impondo-lhes a graduabilidade

da realização, não pode servir de subterfúgio ao Estado para eximir-se de prestá-los adequadamente, de sorte que ela somente merecerá análise depois de cumprido o “mínimo existencial” e, ainda assim, se ficar demonstrado que o Estado elegeu de modo adequado as prioridades orçamentárias.

Especificamente em relação ao direito social da educação, além de não ser possível ao Poder Público, como antes afirmado, a arguição da cláusula da “reserva do possível”, a Constituição Federal ainda determina a aplicação de recursos determinados objetivando sua efetivação (art. 212), inclusive com a cominação de sanções no caso de descumprimento (Constituição Federal, art. 34, VII, “e”; Lei Complementar 101/2000, art. 25, § 1º, IV, “b”).

A reafirmação da fundamentalidade dos direitos sociais, cuja concretização é cotidianamente ameaçada, deve ser tomada a sério, a fim de se evitar o retrocesso social (perda de posições sociais já alcançadas). Somente com isso será possível restabelecer a importância do Estado Social, constantemente ameaçado pelos processos neoliberais e globalizantes que preconizam o ideal de Estado mínimo.

Nesse contexto, as disposições de direitos sociais não devem ser entendidas como meras diretrizes ou exortações. A elas o Estado está efetivamente vinculado, de sorte que a concretização desses direitos dá-se por meio da implementação de políticas públicas, as quais consistem num *facere* a cargo do Estado.

As políticas públicas, por consistirem em ações estatais com amplas margens de configuração, podem

ser tomadas como verdadeiros atos administrativos discricionários, sujeitos, assim, ao controle judicial. Porém, a discricionariedade referida não outorga ao administrador público a prerrogativa de optar pela forma de implementação de políticas públicas que bem entender. Ao contrário, ele sempre deverá escolher a forma de implementação de uma política pública que melhor corresponder ao anseio de concretização dos direitos fundamentais sociais, primando-se, assim, pela adoção do comportamento ótimo. Isso, inclusive, decorre do direito do indivíduo a uma boa Administração Pública.

De outra banda, a judicialização de políticas públicas é uma realidade de vital importância à realização dos direitos fundamentais sociais, revelando-se importante a utilização de instrumentos de tutela coletiva para tal propósito. Com isso tem-se por favorecida a ampliação do acesso à justiça e o fomento da justiça distributiva, de sorte que a utilização do processo subjetivo deve ser apenas residual.

Os instrumentos judiciais de tutela coletiva, em especial a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, contribuem sobremaneira para a efetivação das políticas públicas, relativamente aos direitos transindividuais, ou seja, aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Finalmente, dentro da lógica ora apresentada, há de se atribuir especial atenção ao direito social à educação, um direito fundamental por excelência, cuja concretização há de compor a lista de prioridades dos Estados constituídos sob a forma social e democrática.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.041.197-MS. Ministro Humberto Martins. Brasília: *DJe*, 16 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. STJ. Recurso Especial n. 695.396-RS. Arnaldo Esteve Lima: *DJe*, 27 abr. 2011.
- \_\_\_\_\_. STJ. Recurso Especial n. 736.524-SP. Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJ*, 03 abr. 2006, p. 256.
- \_\_\_\_\_. STJ. Recurso Especial n. 811.608-RS. Ministro Luiz Fux. Brasília: *Diário da Justiça*, 4 jun. 2007, p. 314.
- \_\_\_\_\_. STF. Agravo Regimental n. 464.143-SP. Ministra Ellen Gracie. Brasília: *DJe*, 19 fev. 2010a.
- \_\_\_\_\_. STF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 734.487-PR. Ministra Ellen Gracie. Brasília: *DJe*, 20 ago. 2010b;
- \_\_\_\_\_. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 367.432-PR. Ministro Eros Grau. Brasília: *DJe*, 14 maio 2010c.
- \_\_\_\_\_. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 594.018-RJ. Ministro Eros Grau. Brasília: *DJe*, 7-8-2009.
- \_\_\_\_\_. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

n. 603.575-SC. Ministro Eros Grau. Brasília: DJe, 14 maio 2010d.

\_\_\_\_\_. STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45-DF. Ministro Celso de Mello. Brasília: DJ, 4 maio 2004. p. 12.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTILLOS, Catarina Setúbal R. Políticas sociais públicas: o Estado-Providência francês. *Revista do BNDES*. Rio de Janeiro, v.08, nº 15, jun 2001, p. 195-212. Disponível em <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1507.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1507.pdf)>. Acessado em 20 set. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (orgs.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *O acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de direito à educação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2010.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LINS, Liana Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. n. 12, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Idéias, out-dez 2008, p. 223-261. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/Direitos\\_sociais\\_processo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf)>. Acessado em 27 set 2011.

MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de*

justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 25.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011.



# Os Direitos Humanos e Fundamentais precisam ser reconhecidos e assegurados nas sociedades locais

Artigo recebido em 28/03/2012.

Revisado em 11/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## Adir Ubaldio Rech

Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Filosofia e Direito. Professor de Direito Urbanístico no Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul. Autor de diversos livros de Direito.

## Adivandro Rech

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Direito. Procurador de carreira do Município de Caxias do Sul. Professor e co-autor de - *Direito Urbanístico: Fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural*.

## Resumo

Os direitos humanos e fundamentais são da essência e da natureza humana e se desenvolvem pela convivência na sociedade. O Estado tem como objetivo primordial ao ser institucionalizado pela sociedade reconhecer, positivar esses direitos e fundamentalmente assegurá-los. A estrutura do Estado deve ser a mais próxima possível de onde o homem vive, para poder ser mais efetiva e eficaz na execução de políticas públicas capazes de garantir direitos e a dignidade da pessoa humana. É efetivamente nas sociedades locais que os direitos devem ser reconhecidos e assegurados.

## Palavras-chave

Direitos humanos e fundamentais. Natureza humana. Sociedade local.

## Abstract

The human and fundamental rights are of the essence and of the human nature, and develop by living in society. The State has as primary objective, when being institutionalized by society, acknowledge these rights and make them positive and ultimately reassure them. The structure of government should be as close as possible to where the man lives, in order to be more effective and efficient in the execution of public policies capable of

guaranteeing rights and human dignity. It is effectively in local societies that rights should be recognized and upheld.

## Keywords

Human and fundamental rights, human nature, local society.

## Sumário

Introdução. 1. Uma sociedade humanitária acontece onde o homem mora com a garantia de que direitos humanos e fundamentais sejam assegurados. Conclusão. Referências.

## Introdução

Os direitos humanos e fundamentais não se constituem uma descoberta da ciência jurídica, mas nascem da essência do próprio homem, da sua condição de homem, de ser social e da sua sensibilidade humanitária de exterminar as injustiças reinantes no mundo para poder alcançar a felicidade humana e coletiva. O desejo de conviver e ser respeitado faz nascer o direito. Portanto, o direito é elemento externado pela própria natureza humana e da sua convivência com os outros. É uma questão antropológica. Abbagnano, em respeito aos fundamentos do humanismo, afirma que,

o reconhecimento da naturalidade do homem, isto é, do fato de que o homem é um ser natural, para o qual o conhecimento da natureza não é uma distração imperdoável ou um pecado, mas um elemento indispensável de vida e de sucesso. O homem é um ser natural formado pelo corpo, mas também é um ser transcendente formado pela alma, elementos essenciais que caracteriza a espécie.<sup>1</sup>

Portanto, a natureza humana é imutável, intemporal, sendo que os direitos humanos e fundamentais não evoluem nem com o tempo e não mudam de lugar para lugar, pois eles devem ser garantidos, obrigatoriamente, em todo tempo e em todo lugar onde existir um único homem. São direitos que não nascem *com* ou *depois* do Estado, mas nascem no espaço e no tempo onde vive o homem, confundindo-se com a sua própria natureza e existência. Em outras palavras, afirma Andrade:

que os direitos humanos e fundamentais são, na dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica. Nesta dimensão, os direitos fundamentais gozam de anterioridade relativamente ao Estado e à Sociedade: pertencem à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento.<sup>2</sup>

E o autor acrescenta que há um conjunto de direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem

a sua qualidade de homem.<sup>3</sup> Nessa perspectiva filosófica e jusnaturalista, os direitos humanos e fundamentais não são dádivas do Estado, mas inerentes à natureza humana que vão se externando no aperfeiçoamento da convivência social. O Estado, no máximo, pode positivá-los, mas eles existem e independentemente do Estado positivá-los ou não. São, portanto, universais, transcendem o espaço e o tempo, mas evoluem dependendo do espaço e do tempo. São, em umas palavras em voga, globais e locais. Foram até proclamados na Carta dos Direitos Humanos da ONU para serem observados por todos os povos e em todos os lugares.

Canotilho faz uma distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais. Para ele, os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista- universalista), enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta.<sup>4</sup> Aqui, a ordem jurídica não necessita obrigatoriamente ser o direito positivo, mas os direitos consagrados por uma determinada sociedade, pois os direitos fundamentais são reconhecidos sob a preceptiva jusnaturalista, independente dos direitos positivados em uma determinada ordem jurídica particular.

Enquanto os direitos fundamentais do homem passam por uma luta histórica e um processo interno de cada Estado, de superação, desde os resquícios do absolutismo, da supremacia do Estado sobre o indivíduo, dos aspectos culturais, religiosos até as questões ideológicas de concepção do próprio Estado, os direitos humanos transcendem essa realidade, pois eles dizem respeito à

essência e à existência do homem. O humanismo é apenas o pensamento, a razão que faz o homem explicitar, externar e exigir o reconhecimento desta sua essência, a qual deve ser respeitada como sagrada, intocável e que denominamos direitos humanos.

Andrade ensina-nos

que o sentido dos direitos fundamentais, que a princípio era claro e até inequívoco, obscurece-se quando se reúnem nos mesmos problemas e se designam pelos mesmos conceitos de realidades tão diferentes como a liberdade pessoal, o direito de voto e o direito à segurança social, o que diferencia de direitos humanos que são indiscutíveis.<sup>5</sup>

Não há dúvidas de que a matéria é complexa. Com um grau de subjetividade enorme e sob o ponto de vista ideológico, dificilmente consegue-se um consenso, especialmente quanto aos direitos fundamentais. É indispensável, para a sua compreensão, uma análise epistêmica, científica, pois se a tomarmos sob o ponto de vista liberal, vamos encontrar como fundamentos as liberdades do indivíduo, cabendo ao estado garanti-la. Já sob o ponto de vista institucionalista, são os princípios normativos que ordenam e conformam determinadas relações da vida com caráter de estabilidade e continuidade. O marxismo-leninista começa por negar a existência de direitos *naturais*, inerentes à personalidade humana anterior ao Estado. Já o Estado Social, contrapondo-se, afirma que é necessário levar em conta as condições sociais como pressupostos dos direitos individuais.<sup>6</sup> Mas

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Os Direitos Humanos e Fundamentais precisam ser reconhecidos  
e assegurados nas sociedades locais - pp. 41-68

RECH A. U. / RECH A.

essa discussão não se admite quanto tratarmos de direitos humanos, pois o seu desvendamento se dá pelo próprio ser humano.

Pode-se constatar que, ao longo da história, a maior preocupação de todos os pensadores, filósofos, políticos e juristas tem sido conceituar e definir os direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais, pois a positivação do direito é mero ato de descoberta, mas jamais ato de criação, embora os defensores do Direito Natural estivessem em campos opostos por muitos anos aos adeptos do Direito Positivo. Essa distorção da positivação do direito como ato de criação, na realidade, após o advento do Estado Moderno serviu de desculpas para a prática de injustiças, pela institucionalização, por via do direito positivo, de regimes totalitários, de direitos que não são direitos, fatos que serviram para despertar um forte movimento de garantia dos direitos humanos.

Nesse sentido, Dennis Lloyd afirma que foi no século atual, com o esmagador desenvolvimento de ideologias antirracionais, como o nazismo e o fascismo, que a fé racional no Direito Natural sentiu necessidade urgente de reafirmar-se, embora tenha escolhido, para esse fim, como principal adversário, a crença no positivismo, a qual está igualmente fundamentada em pressupostos racionalistas.<sup>7</sup>

O dualismo Direito Natural e Direito Positivo não é contraditório. O mais provável é que sempre coincidam. O Direito Natural praticamente fundamentou toda a defesa dos direitos humanos e de determinados direitos positivados. Os direitos humanos e **fundamentais positivados, na maioria dos países democráticos, muito**

devem, historicamente, a uma crença geral da existência de uma lei racional e universal da natureza. O direito sempre foi resultado de uma realidade ambiental criada pela convivência humana, que resultou em relações humanísticas fundamentadas na filosofia, na cultura, na ética, na moral, na religião, na sociologia, na economia e na ideologia. Essa realidade natural e criada embasou, por consenso, a adoção de um determinado sistema jurídico.

Diaz diz-nos, reforçando a nossa afirmativa,

que todo sistema de legalidade, de imediato, incorpora uma realidade e através de suas normas um determinado sistema de legalidade. Não há legalidade neutra. Por trás de todo o direito há sempre uma concepção de mundo.<sup>8</sup>

Mas a concepção de mundo é descoberta inerente ao próprio homem, que se torna possível na convivência social, embora o reconhecimento do Direito Natural e dos direitos humanos se dá, nos Estados modernos, através de sua positivação. O positivismo é resultado da ineficiência da filosofia e da falta de utilidade do idealismo alemão, como ordens jurídicas organizadas e obrigatórias. É a resposta do como fazer do positivismo de Augusto Comte. Mas é também, ao se desviar de princípios humanitários, filosóficos e idealistas, a causa do totalitarismo de grupos, do Nazismo, do Fascismo e do Comunismo, cujo desrespeito aos direitos humanos é por todos conhecido. No entanto, ao que pese os direitos humanos e fundamentais existirem naturalmente, como afirmam os jusnaturalistas, não há como garanti-los, sem um processo político de legitimação

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Os Direitos Humanos e Fundamentais precisam ser reconhecidos  
e assegurados nas sociedades locais - pp. 41-68

RECH A. U. / RECH A.



do consenso e do reconhecimento da sociedade, para só então ser positivado. Nesse sentido, Guerreiro, afirma que “los derechos, por tanto, solo existen en y a través del proceso político y de una vinculación de los derechos y la ley”.<sup>9</sup>

É lógico que a legitimidade do direito não depende única e exclusivamente de estar expresso na lei, mas de um sistema jurídico legítimo, mediante o devido processo científico, epistêmico, cujos diferentes órgãos têm competência (dada pelo ordenamento jurídico) para reconhecer o direito. Os órgãos na prática são meros instrumentos, pois, segundo Kelsen, a *fonte* de direito não é, como a expressão poderia sugerir, uma entidade diferente do direito e, de algum modo, existindo independentemente dele; a *fonte* é sempre ela própria, o direito,<sup>10</sup> o que nada mais é do que a natureza e a dignidade humana.

O racionalismo de Kant opera esta passagem, quando o Direito Natural passa a direito da razão. É a demonstração da objetividade do saber científico, operando a passagem do Direito Natural, potencialmente existente, mas inútil, inaplicável e desrespeitado, para o Direito Positivo, racionalmente institucionalizado e respeitado. Lloyd, ao afirmar que tanto as escolas de Direito Natural quanto seus principais adversários, os positivistas, foram consideravelmente influenciados por um enfoque individualista da sociedade e na crença que o universo é governado por leis inteligíveis capazes de serem apreendidas pela mente humana,<sup>11</sup> indicamos exatamente que a crença no indivíduo uniu as duas correntes filosóficas e fez ambas identificarem-se com os pressupostos da crítica da razão pura de Kant. O próprio

Kant deixa explícito que, no direito, a razão pode criar princípios, que é a forma de simplificar e racionalizar a legislação.<sup>12</sup> O constitucionalismo democrático, afirma Bonavides, nasceu nas entranhas da filosofia política do direito natural racionalista,<sup>13</sup> em que o individualismo não pode ser confundido com o humanismo.

É lógico que os direitos humanos e fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, como faculdades ou poderes de que são naturalmente titulares, mas também do ponto de vista da comunidade, com seus valores, realidades ou fins que esta se propõe a prosseguir. Há uma dupla dimensão que deve ser levada em conta, no momento em que o legislador positiviza direitos.

Nesse sentido, Bonavides assegura

que a sobrevivência da democracia liga-se ao êxito que eventualmente possa alcançar uma teoria política que afirme e reconcilie a idéia dos direitos sociais, que faz lícita uma maior intervenção do poder estatal na esfera econômica e cultural, com a idéia não menos justa do individualismo, que pede a segurança e o reconhecimento de certos direitos fundamentais da personalidade, sem os quais esta se deforma e definharia, como fonte que se deve sempre conservar de iniciativas úteis, livres e fecundas.<sup>14</sup>

Nessa dupla dimensão de direitos fundamentais, que da perspectiva da sociedade são direitos sociais e da perspectiva do indivíduo são direitos humanos, é que se estabelece o equilíbrio entre a sociedade e o homem, em que

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Os Direitos Humanos e Fundamentais precisam ser reconhecidos e assegurados nas sociedades locais - pp. 41-68

RECH A. U. / RECH A.

o Estado nada mais é do que um instrumento de garantia desses direitos que se confundem com o processo de humanização da sociedade (não estatização da sociedade) na qual o homem e não o indivíduo é a essência e a causa da existência do Estado de Direito

Na evolução do conceito e do papel do próprio Estado tem-se a evolução da positivação de direitos humanos e fundamentais historicamente defendidos e o surgimento de novos direitos nunca antes imaginados. Da necessidade de equilíbrio entre a sociedade e o homem é que nasce o direito e, conseqüentemente, o Estado para garanti-los. Individualismo, diferentemente de humanismo<sup>15</sup>, descamba no liberalismo descontrolado e os excessos do primado da sociedade (representada pelo Estado) sobre o homem não passaram de um Estado absolutista e opressor do próprio homem.

Segundo Bonavides,

a mais recente literatura política dos países ocidentais exprime essa linguagem, traduz essa tendência, aponta esse anseio, denota, em suma, na reconsideração crítica do passado, a efetiva reconciliação do binômio clássico: homem e sociedade.<sup>16</sup>

No entanto, a positivação do direito na cidade capital, distante da sociedade na qual efetivamente mora o homem, além de ser uma das causas da adoção de normas não efetivas, impossibilita que o Estado cumpra o seu papel principal que é assegurar direitos e garantir a humanização da sociedade.

## 1. Uma sociedade humanitária acontece onde o homem mora com a garantia de que direitos humanos e fundamentais sejam assegurados

A sociedade, dita humanitária, reconhece os direitos, mas assiste a eles e permite que a regra seja a sua violação, pois não tem efetiva capacidade de assegurá-los. Ocorre que apesar da garantia dos direitos fundamentais resultar deles próprios, do seu enraizamento na consciência histórico-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade, conforme afirma Andrade, o Estado, ao positivá-los, não conclui a sua obrigação, mas apenas a está iniciando, pois precisa agir para torná-los efetivos.<sup>17</sup> Hoje, a grande preocupação do Estado contemporâneo não é saber quais são os direitos fundamentais e qual é sua natureza, pois isto é saber consolidado, mas é encontrar uma forma eficaz para que efetivamente eles sejam assegurados. É o que nos ensina Bobbio, ao afirmar que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais fundamentá-los e sim garanti-los”.<sup>18</sup>

O Estado, conforme afirma Ferreira Filho, é o sujeito passivo em quase todos os casos. De fato, é ele quem deve, principalmente, respeitar as liberdades, prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, igualmente prestar a proteção judicial, assim como zelar pelas situações objeto dos direitos de solidariedade.<sup>19</sup>

Garantir a todos os direitos consagrados na Constituição é, sem dúvida, o grande desafio dos governantes e a base da crise do Estado. Mas como fazer isso? Como chegar a todos os cidadãos e protegê-los? As

respostas a essas perguntas já foram dadas por muitos pensadores e políticos, mas, na realidade, muito difícil de serem colocadas em prática, pois fundamentalmente implica em abrir mão de poder, distribuí-lo melhor e para quem efetivamente possa utilizá-lo em benefício da sociedade e dos cidadãos.

O homem necessita de que seus direitos sejam respeitados e assegurados em uma determinada rua, bairro, cidade ou local onde mora. E o poder está centrado na cidade capital, distante, que sequer consegue perceber quais são efetivamente os problemas do povo. Por isso, a revolta e as novas exigências das sociedades locais pela garantia de direitos humanos e fundamentais são, mais do que nunca, manifestados nos movimentos sociais urbanos que lutam pela segurança, pelos serviços de saúde, de educação, de água, de luz, de esgoto, pela casa própria, pelos baixos aluguéis e pela humanização. Questões como meio-ambiente, carestia, consumo, lazer, segurança e posturas de cidadão, antes tratados em âmbito nacional, hoje constam na pauta das associações de bairros ou mesmo de uma rua.

Nesse sentido, Bruni, ao abordar a crise por novas formas de vida, faz referência a elas, dizendo que esses movimentos organizam-se na forma de sociedade de bairros, de simples associações de moradores que reivindicam melhorias específicas pelos canais da burocracia do Estado ou resolvendo espontaneamente problemas que não admitem adiamento ou espera.<sup>20</sup> A reflexão do autor, além de revelar um enorme potencial reivindicativo, já conhecido por todos, traz consigo o desejo de uma participação mais ativa das políticas públicas, de controlar o planejamento

do Estado, o desejo de exercer socialmente a cidadania por meio de agentes que identifiquem a si próprios como moradores de uma cidade e que tenham, portanto, direito à sua gestão. E o pensador propugna por um Estado mais presente, capaz de mudar a vida cotidiana.<sup>21</sup>

O descontentamento da população local e a luta por direitos fundamentais têm uma causa, conforme afirma Dória:

A brutal concentração urbana dos anos 70, a organização do trabalho em imensas unidades industriais, nas grandes cidades, combinadas com o agravamento das condições de vida dos trabalhadores, provocaram e facilitaram a união e a iniciativa dos moradores.<sup>22</sup>

Essa nova consciência e exigência de formas de vida criam um novo tempo e um novo espaço de atuação política e humana, colocando em questionamento a atual prática de representação que é a idéia de alguém poder estar em um lugar distante, alheio ao cotidiano, defender os interesses dos representados.

Bruni, nessa mesma linha de pensamento, ensina-nos:

Ao lado destas características gerais, a prática dos novos movimentos sociais vai-se dar num novo tempo e num novo espaço, o tempo e o espaço da vida cotidiana, vistos não mais como o lugar da rotina e do hábito, mas como a dimensão real e concreta onde efetivamente os sujeitos são sujeitados e onde se dá a experiência concreta da dominação e da opressão.<sup>23</sup>

É sem dúvida uma nova revolução, para mudar a vida cotidiana, na qual de fato se concretizam as relações humanas. Mas as elites dominantes ainda não as perceberam e não estão sensíveis a essas mudanças.

As leis, segundo Montesquieu, estão relacionadas com o povo, com o governo, com o aspecto geográfico do país, com o grau de liberdade, de necessidades... Essas relações formam, juntas, o Espírito das Leis.<sup>24</sup> É ineficaz a positivação de direitos humanos e fundamentais sem espelhar a realidade. A lei precisa ter o espírito do povo e só o terá quando nasce onde o cidadão mora e chega até ele. Caso contrário, são leis sem alma, repudiadas ou simplesmente ignoradas pelo povo. As diversidades do povo brasileiro, as diferenças climáticas e geográficas, os inúmeros graus de necessidades não estão contemplados nem na elaboração das leis nem se verificam nas condutas humanas, nas diferentes realidades brasileiras.

De outra parte, Andrade afirma que é obrigação do Estado criar as condições objetivas indispensáveis à efetiva realização prática desses direitos e deveres.<sup>25</sup> Mas, no Estado Federativo Brasileiro, a União é o Estado distante, alheio à realidade que garante direitos iguais para realidades desiguais no texto constitucional, mas que fundamentalmente não consegue chegar até o povo e executar políticas públicas humanitárias.

Rui Barbosa já abordava essa realidade e defendia a necessidade de autonomia, de liberdade dos municípios para assegurar ao homem dignidade.

Vida que não é própria, vida que seja de empréstimo,  
vida que se não for livre, não é vida. Viver do alheio,

viver por outrem, viver sujeito à ação estranha não se chama viver, senão fermentar e apodrecer. A Bahia não vive porque não tem municípios. Não são municípios os municípios baianos, porque não gozam de autonomia.<sup>26</sup>

A humanização pressupõe uma nova consciência do homem que exige um Estado que ele criou para lhe assegurar dignidade, que seja adequadamente organizado para dar respostas concretas, não apenas reconhecendo e positivando direitos humanos e fundamentais, mas os garantindo de modo a proporcionar ambiente humanitário e solidário.

Andrade nesse sentido afirma:

A vida dos homens em sociedade não suporta mais qualquer organização ou quaisquer regras ditadas por puros fatos de poder, exige uma ordenação no sentido que corresponda a um entendimento geral ou a um consenso generalizado acerca dos respectivos interesses e relações humanas e sociais das diferentes realidades.<sup>27</sup>

Não há consenso sobre as diferentes formas de vida humana, senão quando o homem vive essas formas. O consenso acontece quando, naturalmente, se estabelecem relações humanas e sociais. Portanto, o consenso não advém de uma simples organização que dita regras, quer sejam sociais ou econômicas. Um estado centralizador como o Brasil, que obriga o cidadão a ter o mesmo comportamento humano em realidades distintas e que recolhe mais de 40% do PIB local em forma de tributos e transfere cerca de 70%

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Os Direitos Humanos e Fundamentais precisam ser reconhecidos e assegurados nas sociedades locais - pp. 41-68

RECH A. U. / RECH A.



para o poder central, efetivamente não é uma organização que busca o entendimento e o consenso acerca dos interesses locais.<sup>28</sup> Tratar todos os cidadãos como se fossem iguais é a forma do estado controlar a sociedade, mas concentrar riquezas é a forma de tornar o cidadão dependente. Na democracia é a sociedade que deve controlar e direcionar as ações do Estado. O controle da população pelo estado é histórico, tanto nos estados ditos democráticos quanto nos estados ditos socialistas. O estado comunista, por exemplo, impôs a todos as mesmas normas de comportamento, ignorando as realidades e diversidades culturais, religiosas, morais, étnicas e históricas; fato que acabou destruindo a própria identidade, que, depois de anos, com a queda do muro de Berlin, desesperadamente tenta recompô-la, partindo ou retrocedendo ao tempo em que foi destruída. A respeito disso, reflete Habermas:

O passado domina o futuro, na República Democrática Alemã. Ninguém é conduzido para lugar algum se não consentir e não participar. Eu creio que nós ainda não temos uma idéia correta sobre as proporções da decomposição da infraestrutura moral da vida do dia-a-dia entre conhecidos e parentes, na família e na escola, na vizinhança e no meio comunal, no trabalho, etc, produzida pela suspensão e intervenção administrativa. A destruição de relações informais, de grupos sociais, a dissolução de identidades sociais, a doutrinação planejada de novos valores, a erosão de normas de comportamentos costumeiros, a paralisação da iniciativa e da atividade autônoma, a insegurança quanto ao direito, pelo distanciamento das relações entre onde se produz o direito e onde

ele efetivamente deve acontecer, a devastação dos domínios da reprodução cultural e humana. Por tudo isso, na República Democrática Alemã, o passado domina o futuro.<sup>29</sup>

As nossas cidades vivem relações humanas construídas, tendo como fundamento os costumes, a cultura, os valores religiosos, morais, éticos, mas o nosso Estado centralizador vai globalizando tudo isso, ignorando as diversidades e destruindo as relações humanas locais. O resultado é o saudosismo dos mais velhos, a falta de identidade dos mais novos, tendo como consequência o desrespeito, a desconfiança e a violência a que estamos assistindo, pois tudo isso decorre fundamentalmente da perda da identidade histórica, cultural, social, religiosa e familiar. A sociedade clama por segurança, por justiça, por leis mais rigorosas, quando o problema está no abandono das regras de convivência humana, construída nos genes, nas famílias elevadas a normas de conduta nas relações humanas e sociais, mas ignoradas na positivação do direito, pelo Estado distante. Não haverá passado que possa dominar o futuro, depois de séculos de desrespeito e não valorização dessas relações humanas seguras, respeitosas e éticas. Não sobrá mais nada, senão a desconfiança absoluta de tudo e de todos e tampouco haverá lei capaz de tornar obrigatório comportamentos e relações humanas confiáveis. Uma vez valia a palavra dada, hoje nem a nota promissória garante que o vizinho vá pagar a dívida. Uma vez se podia andar na rua tranquilamente, sem medo; hoje, temos que nos aprisionar dentro de nossas próprias casas. Uma vez os homens bons tinham liberdade, e os maus

estavam na cadeia. Hoje os bons trancam suas portas, e os maus andam livremente nas ruas. Esses são apenas alguns exemplos do que vem acontecendo nas nossas relações sociais e humanas, cujo direito positivado pelo Estado distante não consegue resolver, porque além de desprovido da alma e do espírito do povo, sequer é respeitado.

Não basta, portanto, os direitos humanos e fundamentais estarem previstos na ordem constitucional como certeza de sua garantia. A ordem jurídica deve construir um ambiente humano de respeito e de garantia da dignidade humana e não uma selva de pedras cheia de feras, cujas grades de nossas casas já não as afastam mais. Os homens nem sempre são homens. Muitas vezes são animais selvagens. A ordem jurídica serve para garantir que todos os homens sejam efetivamente homens, humanitários, respeitosos e dignos. Por isso, a ordem jurídica, mais do que um sistema de leis, é um sistema de educação, de construção da consciência humanitária e de respeito à própria dignidade humana, sendo que o Estado, mais do que que positivar o que já existe no espírito do próprio povo, tem o dever de assegurá-lo.

Além disso, as sociedades locais não podem simplesmente trabalhar para sustentar uma estrutura de estado centralizador, distante que não prioriza políticas públicas locais. O homem necessita de moradia, trabalho, saúde, educação, lazer, numa rua, num bairro ou numa cidade.

Zimmermann, expressa o seguinte raciocínio a respeito disso tudo:

A descentralização federativa favorece o exercício

do poder político pelo cidadão comum em suas comunidades locais, nós haveremos de reconhecer deste modo, a importância do pluralismo para a democracia, segundo a qual a formação estatal pluralista haverá de preservar a diversidade dos entes verticalmente organizados e, especialmente, de garantir a participação política, os direitos fundamentais e as concepções individualistas de bem.<sup>30</sup>

Hoje, no Brasil, defendem-se as bandeiras da reforma política e da reforma tributária como solução de todos os problemas que enfrentamos, mas na realidade essas não terão nenhuma consistência e eficácia, sem uma reforma do sistema de educação que venha resgatar o comportamento humanitário e sem uma reforma do sistema federativo, a partir da qual o poder de decisão sobre as questões de convivência humana e o incremento de políticas públicas se faça em nível local. Não há como exigir comportamentos humanitários sem o resgate e o incremento de uma educação de valores. Não há como desonerar a sociedade de mais tributos com essa estrutura de Estado. Há um grave problema político de legitimidade e representatividade que é exatamente o distanciamento, o isolamento dos que decidem na “ilha de fantasia”, que se chama Brasília.

Nesse, prossegue Zimmermann:

O grande risco do Estado brasileiro reside, no excesso de poderes concentrados nas mãos da União, que é a entidade estatal mais distanciada do cidadão comum. Ineficiente e incapaz de solucionar os nossos mais básicos e urgentes problemas, ela vem

gerando um perigoso descontentamento social, e que até arrisca-se em inspirar os perigosos anseios separatistas. Hoje, o próprio cidadão brasileiro não mais exige que o Governo central seja forte e paternalista, aqui já reconhecendo-se que as instâncias estaduais, mas especificamente as municipais, estão melhor capacitadas para atenderem às necessidades preeminentes de cada comunidade.<sup>31</sup>

Na realidade, não há interesse em devolver ao povo, que é a fonte de poder e de direito, autonomia para que exerça a democracia. A usurpação de poder das cidades livres, que ocorreu quando da formação dos Impérios, não foi resolvida por Montesquieu que idealizou o Estado Moderno e criou a divisão de poderes. Ocorre que a divisão de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário buscou equacionar um conflito contextualizado entre a nobreza, o clero, a burguesia e os senhores feudais de forma horizontal. Não houve uma preocupação vertical para devolver às cidades, onde mora o povo, o poder que necessitava para exercer autonomia política, administrativa e execução de políticas públicas locais.

Nesse sentido se expressa João Paulo II, na Encíclica *Centesimus Annus*, publicada em 1991:

As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, deve-se respeitar o princípio da subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de

necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a dos outros componentes sociais, tendo em vista o bem comum. Ao interferir diretamente, irresponsabilizando a sociedade, o Estado assistencial provoca a perda de energias humanas e o aumento exagerado do setor estatal, dominado mais por lógicas burocráticas do que a preocupação de servir os usuários, mas ao contrário sempre com um acréscimo enorme das despesas. De fato, parece conhecer melhor a necessidade e ser mais capaz de satisfazê-la quem a ela está mais vizinho e vai ao encontro do necessitado.<sup>32</sup>

A reflexão remete, obrigatoriamente, para um aperfeiçoamento e uma adequação do sistema federativo brasileiro à realidade. A grandeza e a complexidade dos inúmeros “brasis” são totalmente incompatíveis com a prática centralizadora de nosso presente Estado federal. É possível diagnosticar, conforme defende Zimmermann, que o nosso regime federativo deve ser aprimorado, com a União perdendo parte das suas atribuições.<sup>33</sup> Ao longo da história de nossa luta federativa, afirma Leal, os Estados foram reduzidos à pobreza e os Municípios à miséria.<sup>34</sup> A modernização do Estado, conclui Castro, acreditamos, passa pela regionalização, assim como sua eficiência e a democracia passam pelo municipalismo.<sup>35</sup>

## Conclusão

Foram feitas várias reformas no Estado e defendem-se novas reformas, mas nenhuma será eficaz se não atacar o crônico centralismo do Estado federativo brasileiro.

O problema não está em diminuir o tamanho do Estado horizontalmente, criando apenas mecanismos livres da burocracia na esfera federal, através da administração gerencial ou, simplesmente, transferindo para a iniciativa privada funções mantidas sob o comando do Estado. É preciso, fundamentalmente, também, compreender que instâncias políticas locais podem, com mais eficiência, desempenhar a maior parte das atividades do Estado que dizem respeito ao cidadão. A última reforma do Estado brasileiro trouxe, numa análise mais aprofundada, a preocupação egoísta de solucionar não o problema do Estado brasileiro, mas da União, terceirizando funções, criando mecanismos de desburocratização e flexibilização dos serviços, repassando atribuições aos Estados membros e municípios, sem nenhuma preocupação com o espírito e os princípios federativos de real descentralização de poder, na medida necessária a cada uma das esferas, especialmente autonomia financeira. Não avança no sentido de valorizar as estruturas do nosso sistema federativo e, por conseqüência, não acredita na própria eficiência de suas entidades federativas, especialmente os municípios. Ignora que a eficiência e a autonomia administrativa dão-se por descentralização política, que consiste no poder de fazer leis e na competência de executar políticas públicas locais.<sup>36</sup>

O Estado, já afirmava Platão, consolida-se na autonomia e liberdade de organização das cidades.<sup>37</sup> Acreditamos que não existe Estado ideal que possa satisfazer todos os homens. Mas, sem dúvida alguma, o Estado mais próximo do povo tem condições de apresentar condições ideais de organização, pois o homem é um ser

transcendente que eternamente busca a configuração da vida sempre mais justa. O próprio Estado ideal de Platão não apresenta a solução para o problema da justiça.

O que Platão apresentava no Estado é, na verdade, sua constituição, sua organização e não uma ordem completa, regulando materialmente as relações humanas. Ele mostra apenas as condições organizacionais sob as quais a vida pode configurar-se de maneira justa, mas não a própria vida configurada de maneira justa.<sup>38</sup>

A tão decantada dignidade humana, que está como fundamento do Estado brasileiro, nada mais é do que o Estado presente construindo relações humanitárias, respeitadas e dignidade à pessoa humana, pois quem não tem dignidade não é humano e quem não é humano é porque não tem dignidade. São qualidades e necessidades inerentes ao próprio homem, que necessitam ser cultivadas e asseguradas por uma sociedade organizada.

O estado que ignora isso não tem sentido de existir, pois não está presente onde mora o homem, não deixa o homem ser homem e não assegura respeito, dignidade e convivência humana. Ignora que há uma dependência dos direitos humanos e fundamentais com as formas de vida, onde efetivamente ela acontece, com a organização da ordem jurídica capaz de transformar a norma de conduta, resultado de um processo natural de educação humanitária, em respeito a cada ser humano e a cada sociedade concreta. Sem isso não há como se falar em garantia de direitos fundamentais e a uma sociedade humanitária.



## Notas

- <sup>1</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970, p. 494.
- <sup>2</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. p. 14.
- <sup>3</sup> Ibid., p. 25.
- <sup>4</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 359.
- <sup>5</sup> ANDRADE, op. cit., 54
- <sup>6</sup> Ver José Carlos Vieira Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, escreve um capítulo sobre *sistemas de cristalização dos direitos fundamentais*, p. 54 a 74, expondo seis teorias, com pontos de vistas e enfoques diferentes sobre os direitos fundamentais: A liberal(burguesa), institucional, dos valores, democrática, do Estado Social e marxista-leninista.
- <sup>7</sup> LLOYDE, Dennis. *A Idéia de Lei*. 2. ed. Trad. Álvaro Cabral, São Paulo: Fontes, 1998, p. 104.
- <sup>8</sup> DIAZ, Elias. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. 5. ed. , Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1997, p. 27.
- <sup>9</sup> GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Ciências Jurídicas, 1996, p. 2.
- <sup>10</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 136.
- <sup>11</sup> LLOYD, op. cit. p. 83 e 247.
- <sup>12</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. de Manuela Pinto dos Santos. 4. ed. Lisboa, 1997. FCG, p. 300.
- <sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 133.
- <sup>14</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 139.
- <sup>15</sup> *Humanismo* é o reconhecimento da totalidade do homem como ser formado de alma e corpo e destinado a viver no mundo e a dominá-lo enquanto que *individualismo* é a tese de que o indivíduo tem valor extremo, infinito e acima da sociedade. Abbagnano Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 493 e 527.
- <sup>16</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 134.
- <sup>17</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 32.
- <sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1962, p. 25.
- <sup>19</sup> FERREIRA, op. cit., p. 103.

- <sup>20</sup> BRUNI, José Carlos. *O pensamento em crise e as artimanhas do poder*. 1. ed., São Paulo:UNESP, 1996. , p. 28.
- <sup>21</sup> Ver *Pensamento em crise e as artimanhas do poder*, reflexão de José Carlos Bruni p. 23 a 34
- <sup>22</sup> DORIA, Og. *Município: O Poder Local*. São Paulo: Aberto, 1992 p. 49.
- <sup>23</sup> BRUNI, op. cit., p. 27
- <sup>24</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 13.
- <sup>25</sup> ANDRADE, op. cit., 53.
- <sup>26</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 160.
- <sup>27</sup> ANDRADE, op. cit., p. 107.
- <sup>28</sup> Pesquisa do autor referente à arrecadação de tributos pelo Estado brasileiro e à divisão do bolo tributário, cujo percentual de 70% fica com a União.
- <sup>29</sup> HABERMAS, Jurgen. *Passado como futuro*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 24. ed. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1993, p. 87-88.
- <sup>30</sup> ZIMMERMANN, Augusto. Teoria geral do federalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen júris, 1999, 185.
- <sup>31</sup> ZIMMERMANN, op. cit., p. 162-163.
- <sup>32</sup> VATICANO. *Encíclica Centesimus Annus*, Itália, 1991.
- <sup>33</sup> ZIMMERMANN, op. cit., p. 162.
- <sup>34</sup> LEAL, op. cit., p. 176.
- <sup>35</sup> CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 4. ed. ampl. e atual. Belo Horizonte. Del Rey, 1998, p. 288.
- <sup>36</sup> BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, 1995, p. 54-58.
- <sup>37</sup> PLATÃO. *La república*. Trad. de José Manuel Pabón. Madrid: Alianza, 200, p. 34.
- <sup>38</sup> Ibid. p. 35.

## Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa, de 1976*. Coimbra: Almeida, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed., Rio de Janeiro : Campus, 1962.

BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRUNI, José Carlos. *O pensamento em crise e as artimanhas do poder*. 1. ed. , São Paulo: UNESP, 1996.

CANOTILHO; J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed., Coimbra: Almeida, 1998.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 4. ed. ampl. e atual. Belo Horizonte. Del Rey, 1998

DIAZ, Elias. *De la maldad estatal y la soberania popular*. 5. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1997.

DORIA, Og. *O município: o poder local*. São Paulo: Editora Página Aberto, 1992.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos Humanos e Fundamentais*. 3º ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

GUERREIRO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madri: Ciências Jurídicas, 1996.

HABERMAS, Jurgen. *Passado como futuro*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 24. ed. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1993

João Paulo II, na Encíclica *Centesimus Annus*. VATICANO, Itália, 1991.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3. ed. Muchen: Beck, 1991.

LLOYDE, Dennis. *A Idéia de Lei*. 2. Ed., Trad. Álvaro Cabral, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Alberto da Rocha Barros, Petrópolis: Vozes, 1991.

PLATÃO. *La república*. Trad. de José Manuel Pabón. Madrid: Alianza, 200.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. de Manuela Pinto dos Santos. 4. ed. Lisboa, 1997. FCG

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito do Estado*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 1999.

# La justicia ambiental cubana, retos en el siglo XXI.

Artigo recebido em 26/03/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## Alcides Antúnez Sánchez

Profesor asistente. Especialista en Derecho de empresas y Derecho Internacional Humanitario. Profesor principal de derecho ambiental y mercantil. Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. Cuba.

Email: aantunez@udg.co.cu

## Carlos Justo Bruzon Viltres

Profesor asistente. Máster en derecho internacional. Profesor principal en derecho internacional y teoría del Estado y del Derecho. Vicedecano de investigaciones. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. Cuba.

Email: cbruzonv@udg.co.cu

## Armando Guillermo Antunez Sánchez

Profesor asistente. Doctor en Medicina Veterinaria y Máster en tecnologías de la informática. Profesor de medicina veterinaria. Universidad de Granma. Cuba. Email: antunez@udg.co.cu

### Resumen

El trabajo es el resultado de investigaciones sobre la temática por parte de los autores, en relación con la protección de los animales, la responsabilidad ambiental, y con ella la problemática ambiental, tomando como muestra el resultado de la inacción en la solución de los conflictos ambientales como resultados de acciones de control ejecutadas en el territorio de la provincia Granma. El problema científico se enfoca en demostrar la inacción por parte de los entes y agentes que con jurisdicción y competencia están facultados para aplicar la legislación en materia de medio ambiente. Para la conformación del artículo nos auxiliamos de diversos trabajos de investigación sobre la temática con una visión epistemológica sobre el tema objeto de investigación, lo que nos permitió abordar la muestra a partir de los años 2006 hasta el 2010, dándole continuidad en permitirnos demostrar que la inacción de la conflictividad ambiental aún persiste. Utilizamos como métodos para realizar la investigación el exegético-jurídico, el jurídico-comparado, el histórico-lógico, el análisis-síntesis, y el inductivo-deductivo, que nos han permitido llegar a las conclusiones en este informe, para poder demostrar la necesidad de reformar la actual legislación ambiental en materia de responsabilidad ambiental.

## Palabras-claves

Medio ambiente, conflictos ambientales, tribunal ambiental, responsabilidad ambiental.

## Abstract

This work is the result of research on the subject by the authors, in relation to animal welfare, environmental responsibility and with it environmental problems, taking as example the result of inaction in resolving conflicts as results of environmental control measures implemented in the territory of the province of Granma. The scientific problem is focused on demonstrating the inaction by the authorities and that competent agents are empowered to implement legislation in environmental matters. In order to compose this article, various researches on the subject with an epistemological view on the subject under investigation were assisted by us, allowing us to address the samples from the years 2006 through 2010, giving opportunity to demonstrate that the inaction of environmental conflict persists. Used as research methods for the exegetical and legal, legal-comparative-historical logic, analysis, synthesis, and the inductive-deductive, enabling us to reach the conclusions in this report and demonstrate the need of reform in the current environmental law aiming environmental liability.

## Keywords

Environment, environmental conflicts, environmental court, environmental responsibility

## Sumario

Introducción. 1. Consideraciones acerca de la historia medioambiental. 2. La inactividad en torno a la solución de los conflictos medioambientales. Conclusión. Referencias.

## Introducción

Hace algunos miles de años ya, antes de que el hombre imprimiese su propia huella, el paisaje de la tierra se caracterizaba por la presencia de grandes masas de vegetación, no existía la contaminación y el agua era abundante y limpia, en la actualidad esta historia dista mucho de lo real, existe una estrecha relación entre las cuestiones económicas y medioambientales que se condicionan de manera muy notable, ya que el desarrollo de las sociedades y su adaptación evolutiva dependen en gran medida de la utilización de los recursos que existen en la naturaleza, por tanto la protección del medio ambiente ya no resulta un lujo o un capricho, sino que es una de las claves para el desarrollo futuro y la permanencia de la sociedad; ya no se trata solo de proteger al medio ambiente en si sino la supervivencia y el desarrollo sostenible de la



humanidad a medio y largo plazo, además de una demanda social en cuanto a los derechos de la salud y determinados estándares de calidad de vida.<sup>1</sup>

Va quedando lejana en el tiempo la discusión, carente a mi juicio de mucho sentido práctico, acerca de si la conjunción de los vocablos “medio” y “ambiente” dá origen o no a un término redundante en sí mismo.<sup>2</sup> Lo cierto es que este concepto ya ha adquirido plenos créditos y por tanto en este trabajo lo emplearemos continuamente, lo cual demanda la necesidad de brindar al respecto una definición integral y coherente. El medio ambiente puede ser conceptualizado de muy diversos modos. Una primera aproximación nos lleva a pensar en los elementos básicos de la vida en la tierra, es decir, el suelo, el agua, la atmósfera y las formas vivas que estos elementos albergan. Esta concepción, si bien no es errónea, no resulta completa, en tanto no incluye las interacciones de estos elementos entre sí y con el hombre en particular.

Pero es que hay más, en este proceso de accionar recíproco, donde el hombre desempeña un rol protagónico, surgen nuevos componentes del ambiente, de carácter histórico, cultural, social y estético. Se trata de lo que se ha dado en llamar el “medio ambiente construido”. De este modo, el medio ambiente resulta el “mundo exterior”, pero no un mundo independiente del sujeto a partir del cual se analiza, sino en constante interrelación con el mismo, formando un todo sistemático. Desde que el hombre existe sobre la faz de la tierra, ha estado interactuando con el medio ambiente, modificándolo de muy diversos modos. Se considera que con el uso del fuego el hombre produjo el primer cambio ambiental de importancia,

al exterminar plantas locales de insuficiente resistencia y estimular el crecimiento de otras. La agricultura y la ganadería constituyeron también una importante fuente de cambios en el medio ambiente. Empero, como con razón se apunta<sup>3</sup> *“no habría cuestión ambiental alguna, si los recursos del Planeta fueren infinitos o si, en tal caso, no se dependiera de ellos para la subsistencia; lamentablemente no es esa la situación y es por ello que devienen los conflictos con el ambiente.”*

La Ley 33 de 10 de enero de 1981, “De Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales”, Ley Marco del medio ambiente en Cuba, definió el medio ambiente como: *“...el sistema de elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos con el que interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades.”* (Artículo 2) Consideramos este concepto básicamente acertado, en tanto cumple los prerrequisitos que mentamos, al propio tiempo apuntamos que el mismo ha sido desarrollado en la Resolución número 130 de primero de junio de 1995, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, contentiva del “Reglamento para la inspección ambiental estatal.” la cual, respetando el inicio de la expresión, añade, lo transforma y lo utiliza de manera sostenible para satisfacer sus necesidades” (Artículo 2, quinta pleca).<sup>4</sup> La Ley número 81 de 11 de julio de 1997, “Del Medio Ambiente”, que derogara la Ley número 33 y constituye la actual norma marco en esta esfera, reitera, con algún ligero cambio gramatical, el concepto de la Ley número 33. La exclusión de la referencia a la utilización “desarrollo sostenible”, obedece a una enconada discusión que tuviera

lugar durante el proceso de elaboración y conciliación de la Ley, cuyo fundamento radicaba en cuestionar si era posible referirse a un uso sostenible de los recursos naturales no renovables. En los intercambio prevaleció el criterio - a mi juicio discutible - de que no era aceptable hablar de sostenibilidad en este contexto. Es por esa razón que salvo alguna excepción, el concepto de sostenibilidad en la Ley se ve constreñido a conjugarse con la idea del desarrollo. La soberanía del Estado abarca a plenitud el medio ambiente y los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, sobre todo el territorio nacional y así lo expresa el artículo 11 de la Constitución el cual dispone el ejercicio de estos derechos soberanos: *“a) Sobre todo el territorio nacional, integrado por la isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas territoriales y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre estos se extiende; b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país; c) Sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la Ley conforme a la práctica internacional.”*<sup>5</sup>

Por su parte, el Artículo 2 de la Ley número 81 dispone que *“el medio ambiente es patrimonio e interés fundamental de la nación. El Estado ejerce su soberanía sobre el medio ambiente en todo el territorio nacional y en tal sentido tiene el derecho de aprovechar los recursos que lo componen según su política ambiental y de desarrollo.”* Y continua afirmando por su Artículo 3 que: *“Es deber del Estado, los ciudadanos y la sociedad en general proteger el medio ambiente mediante: a) Su conservación y uso racional; b) La lucha sistemática contra las causas que originan su deterioro;*

c) Las acciones de rehabilitación correspondientes; d) El constante incremento de los conocimientos de los ciudadanos acerca de las interrelaciones del ser humano, la naturaleza y la sociedad. e) La reducción y eliminación de las modalidades de producción y consumo ambientalmente insostenibles; f) El fomento de políticas demográficas adecuadas a las condiciones territoriales. Hasta el presente Siglo, las normas jurídicas dirigidas a la protección de algún componente de lo que hoy entendemos como medio ambiente, se caracterizaban por ser exiguas, dispersas y marcadas por un fuerte carácter utilitario. Si bien las leyes, que son hechas por y para los hombres, no pueden escapar de una tendencia antropocentrista, sí tenemos que ser capaces de comprender que esta óptica, en cuanto a los componentes del medio ambiente se refiere, debe ser supeditado al reconocimiento de sus valores intrínsecos y por tanto, al deber inalienable a ser conservado y utilizado de forma sostenible<sup>6</sup> independientemente de la utilidad que el hombre vea en algunos de ellos. Como han reconocido otros autores, aún en los felices casos en que una especie era protegida, no lo era siempre su hábitat y se excluían de la tutela jurídica el resto de los reinos de la diversidad biológica no comprendidos en los de Animalia y Plantae<sup>7</sup> y que conforme al momento se caracterizaban como útil, lo que constituía un contrasentido. Esto demostraba la ausencia de un enfoque sistémico al abordar la conservación de algún componente del medio ambiente, lo que no puede atribuirse solo a la falta de conocimientos científicos más profundos y acabados, sino a la existencia de fuertes intereses mercantilistas en las relaciones sociales y que marcaron su impronta en el vínculo, hombre-naturaleza. La idea prevaleciente en las ciencias naturales en la

primera mitad del Siglo XVIII, era la de la inmutabilidad de la Naturaleza. La historia de la civilización era vista con un pasado, un presente y un futuro, en que los acontecimientos se sucedían en el tiempo, sin embargo la naturaleza era observada como un ente imperturbable, y estático.<sup>8</sup> Reflejo de los conocimientos elementales de las ciencias de la época, que no permitían un análisis holístico de la naturaleza.” La tarea principal de las ciencias naturales consistía en dominar el material que se tenía a mano. En la mayor parte de las ramas hubo que empezar por lo más elemental. La química acababa de liberarse de la alquimia. La geología aún no había salido del estado embrionario que representaba la mineralogía y por ello la paleontología no existía aun. Finalmente en la biología la preocupación era la acumulación y clasificación de un inmenso acervo de datos no solo botánicos y zoológicos, sino también anatómicos. Casi no podía hablarse aun de la comparación de las distintas formas de vida, ni de los estudios de su distribución geográfica, condiciones climatológicas y demás condiciones de existencia.<sup>9</sup> Otra era la posición de la filosofía, “ que se esforzó tenazmente para explicar el mundo partiendo del mundo mismo un ejemplo fue Holbach, (1723-1789) enciclopedista francés, el que en su obra “Sistema de la Naturaleza” alertaba: *“El hombre ha sido la obra de la naturaleza, no existe más que en ella y es regido por sus leyes,... Para un ser creado por la naturaleza y sometido a ella, nada existe fuera del conjunto o todo, del que forma parte, y que recibe toda especie de influencias.”* Estas palabras de Holbach fueron dichas en un momento en que el desarrollo alcanzado por las ciencias y los conocimientos acumulados por el hombre no habían permitido elaborar un concepto más abarcador del entorno en que se desenvolvía

la vida del mismo, que no fuera Naturaleza expresión que define el conjunto de los seres vivos, y hacia la cual el hombre ha mantenido una relación, rodeada a veces de una aureola mística, ideal o de franco respeto, como es el caso del filósofo francés, hacia este Todo, no totalmente entendido ni conocido del que viene la vida.<sup>10</sup> Debemos apreciar que la esencia de ese planteamiento tiene plena vigencia, es la estrecha interrelación que guarda el hombre con el medio que lo rodea, con su entorno, con el sistema de organismos bióticos, abióticos y emocionales en que esta insertado. En el DRAE<sup>11</sup> se expresa esta definición como: *se entienden por medio ambiente el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas y a los seres vivos*. Por otra parte si analizamos las normas técnicas ambientales ISO 14 001, se establece la definición que el medio ambiente *es el entorno en el cual una organización opera, incluyendo el aire, el agua, la tierra, los recursos naturales, la flora, la fauna, los seres humanos y sus interrelaciones*.<sup>12</sup> Por lo que podemos a modo de una primera conclusión que todas estas definiciones implican directamente al hombre, su actividad, su interacción con el medio, y presentan al medio ambiente como el entorno necesario para la vida o el conjunto de factores que interaccionan entre sí y con el factor tiempo.

|                                     |                                                                                                                          |
|-------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Fuente de recursos naturales</b> | <i>Ya que proporcional al ser humano las materias primas y la energía necesaria para la vida y su desarrollo</i>         |
| <b>Soporte de actividades</b>       | <i>Ya que acoge el conjunto de actividades desarrolladas</i>                                                             |
| <b>Receptor de efluentes</b>        | <i>Porque recibe todas las emisiones, vertidos y residuos procedentes de las actividades desarrolladas por el hombre</i> |
| <b>Tipos de recursos</b>            |                                                                                                                          |
| <b>Recursos renovables</b>          | <i>Aquellos que se reproducen o regeneran y son por tanto inagotables</i>                                                |
| <b>Recursos no renovables</b>       | <i>Aquellos que tienen una existencia limitada, es decir se agotan</i>                                                   |

En el Siglo XIX la Geología nos mostró no sólo las edades geológicas de la tierra sino aquellos huéspedes no parecidos a los que nos acompañan hoy y que demostraron al hombre que la naturaleza está sujeta a cambio, a un constante nacer y morir.<sup>13</sup> El Derecho como elemento de la superestructura como rasgo del Estado y el derecho no estuvo ajeno a estas realidades, no podía ser de otra forma, el desarrollo económico del siglo XIX, marcado por una burguesía en ascenso, ávida de recursos naturales, las limitaciones de las ciencias naturales que no permitían un estudio sistémico de la naturaleza y el hecho real de que la misma era capaz de enfrentar y restablecerse de los daños o impactos ambientales, marcó el hecho de que la legislación del momento estuviera dirigida a asegurar la explotación de la flora y la fauna y su protección se mantuviera dentro de los límites de las utilidades, ejemplo significativo del enfoque utilitario en nuestro país lo fue la “Ley de Caza” de 1884, puesta en vigor por Real Decreto de 31 de junio del propio año, la que se parte de lo útil que era para la agricultura una especie para disponer su protección. Ilustraban esta posición dos Apéndices contenidos en la propia ley, uno donde se relacionaban los animales útiles y que debían de ser protegidos, como eran por ejemplo el cernícalo y la lechuza y otro referido a animales dañinos como la cotorra, el guacamayo y el sinsonte. Similares derroteros mantiene nuestra legislación en la primera mitad del actual siglo y de lo cual es un ejemplo entre otros la “Ley de Caza y Pesca” de 1909 que derogó la de 1884; esta mantuvo su filosofía utilitaria y el lugar que ocupaban estas mismas especies en los Apéndices, era bien diferentes, la lechuza y el cernícalo eran dañinos y la cotorra el guacamayo y el sinsonte eran útiles.

La Ley de Caza de 1909 fue modificada en 1928, sin aportar nada significativo. Hubo normas jurídicas que de alguna forma estuvieron dirigidas a la protección de determinada especie en peligro de extinción o amenazada, como fueron los casos por ejemplo del Decreto número 1164, de 14 de junio de 1928, que suspendió por un período de dos años la caza de la paloma rabiche, el Decreto número 844, de 24 de junio de 1930, que declaró la veda permanente de la paloma torcaza y el guacamayo, entre otras aves, y el Decreto número 203, de 1º de junio de 1928, que establece el Refugio Nacional para Flamings. Pero la falta de voluntad política y conciencia ciudadana para su cumplimiento hicieron que se convirtieran en muchos casos en letra muerta. Lo útil que le podamos encontrar a un componente del medio ambiente, como consecuencia del nivel de los conocimientos científicos acertados o no, completos o no y del nivel de desarrollo económico logrado, no pueden ser el indicador a tener en cuenta al momento de trazar políticas ambientales y legislar. Analizando nuestra actitud frente al medio ambiente, nos percatamos que la toma de conciencia que de forma creciente se advierte hoy en el mundo sobre este tema, no es más que la respuesta a la que nos hemos visto enfrentado, por el olvido centenario que hicimos de nuestra condición de integrantes de este Todo, al que se refería Holbach.” Lo particular no existe más que en la relación que lleva a lo general. Lo general existe únicamente en lo particular, mediante lo particular.<sup>14</sup> Ninguna especie, incluida la nuestra el Homo Sapiens, tiene sentido, tiene posibilidad de existencia, sino es insertada dentro de la naturaleza, sino es en una relación con lo general, con la naturaleza, la que a su vez se



expresa de una forma u otra, en las características propias, esenciales, particulares de cada especie de cada individuo, en ello tenemos una razón para respetar y conservar la diversidad biológica independientemente de la visión esquemática, superficial y pragmática de su utilidad, todos somos, independientemente de nuestra voluntad un expresión palpitante de lo general, de la naturaleza.

El primer mundo ha impuesto un esquema de desarrollo, marcado por el desprecio a todo aquello que no sea multiplicador de ganancias y un abuso desmedido en el uso y disfrute de los recursos naturales, lo que hoy se denomina brecha económica, en todos los casos, sea por autoría intelectual de las tecnologías o los esquemas de desarrollo o por provocarlos objetivamente, los daños a la naturaleza y al medio ambiente, como concepto más abarcador, comenzó por ellos, y cuando los daños llegaron a sus territorios fue cuando comenzaron a preocuparse. Se dieron cuenta que no importa que seas rico o pobre, las afectaciones al medio pone en peligro la vida de todos por igual. No nos dejemos llevar del entusiasmo ante nuestras victorias sobre la naturaleza, después de cada una de estas victorias la naturaleza toma sus ventajas. Bien es verdad que la primera consecuencia de esta victoria son las previstas por nosotros, pero en segundo lugar y en tercer lugar aparecen unas consecuencias muy distintas, totalmente imprevistas.<sup>15</sup> Atenta a la necesidad de unos criterios y unos principios comunes que ofrecieran a los pueblos del mundo la inspiración y guía necesaria para preservar y mejorar el medio humano, se reunió en Estocolmo, del 5 al 16 de junio 1972, la Conferencia de las N.N.U.U. sobre Medio Humano”. Somos del criterio

de que el nombre de dicho evento, "Medio Humano", no es fortuito. Si leemos con detenimiento la Declaración de Estocolmo, vemos una fuerte tendencia antropocéntrica. De los 26 principios, solo tres (los principios 4, 6 y 7) se refieren de una forma tímida a los ecosistemas, a la flora y la fauna. En particular, el principio N.º. 4 expone: "El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna". En otro momento dicho principio se refiere a la planificación racional, ambos términos adolecen de una gran dosis de subjetivismo. Racional y juicioso fue para Felipe II en 1577 su disposición de que le fueran enviados los mejores ejemplares de cedro, ébano y caoba, que hoy lucen transformados por el arte en el monumental retablo del Coro del Escorial<sup>16</sup>; racional y juiciosa fue para los terratenientes criollos la comunicación enviada por el Real Consulado de La Habana al Soberano en 1798, en que expresaban que los montes cubanos eran inagotables por mucho que se talasen y que era materialmente imposible que el desmonte ejecutado por los particulares pudiese acabar con ellos, a raíz de una disposición del gobierno que prohibió la explotación de los mismos por los particulares para que fueran aprovechadas sus maderas por la marina.<sup>17</sup> Ya a mediados del Siglo XIX, Alejandro de Humboldt apuntaba que la isla se había despoblado de árboles por la excesiva cantidad de terreno que se han desmontado.<sup>18</sup> La racionalidad y el juicio, en este terreno, responden a condiciones objetivas y subjetivas, cambiantes en extremo, y que por tanto no pueden ser el rasero que imponga la medida de hasta donde se puede utilizar por el hombre un recurso natural. Los hechos posteriores a Estocolmo,

demonstraron no solo la poca efectividad de estos conceptos al momento de legislar, trazar políticas y educar, sino además la ausencia de acciones reales y concreta por parte de los gobiernos para enfrentar y solucionar, por encima de interés egoísta los problemas ambientales que ponían en peligro la vida sobre el planeta. Aunque significó, sin lugar a dudas, un paso de avance en la lucha por el logro de una conciencia ambientalista en el mundo, sin embargo los hechos posteriores demostraron que lo analizado en Estocolmo no fue suficiente y el medio ambiente continuó siendo agredido.

- En 1984, un grupo de científicos alemanes detectó signos de deterioro en los bosques y aunque ya era ampliamente conocido el hecho de que la lluvia ácida podía llegar a dejar lagos de agua pura sin rastros de vida, la idea de que también podía causar un daño generalizado a los bosques era nueva.

- La tierra perdía 11 millones de hectáreas de bosque cada año. En 1983 la cifra es de 17 millones, el territorio de la India en el decenio

- En 1985, dos científicos británicos informaban de hallazgo de un agujero de ozono sobre la Antártida.<sup>19</sup>

En 1987 la preocupación del mundo ante el deterioro del medio ambiente llevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas a acoger por Resolución el establecimiento de una Comisión que elaboraría un informe sobre el Medio ambiente hasta el año 2000. El 16 de junio de 1987, el consejo de administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (PNUD) adoptó la decisión de remitir a la asamblea general de las NN.UU el Informe de la Comisión

Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocido como Nuestro Futuro Común<sup>20</sup>, conocido también como **Informe Brundtland** por haber sido presentado por la Sra. **Gro Harlem Brundtland**, Primera Ministra Noruega en aquel entonces<sup>21</sup>, el que en su preámbulo nos expresa que el medio ambiente no existe como una esfera separada de las acciones humanas, las ambiciones y demás necesidades y las tentativas para definir las aisladamente de las preocupaciones humanas, han hecho que la palabra propia de “medio ambiente” adquiera una connotación de ingenuidad en algunos círculos políticos. La palabra “desarrollo” también ha sido reducida por algunos a una expresión muy limitada, algo así como “que las naciones pobres deberían hacer para convertirse en rica”. Pero el medio ambiente es donde vivimos todos, y el desarrollo es lo que todos hacemos al tratar de mejorar nuestra suerte en el entorno en que vivimos. A mediados del siglo XX, vemos nuestro planeta por primera vez desde el espacio. Desde el espacio vemos una esfera pequeña y frágil, dominada no por la actividad y las obras humanas, sino por un conjunto de tierra, océano y espacios verdes, la incapacidad humana de encuadrar su actividad en ese conjunto está modificando fundamentalmente el sistema planetario. Casi a doscientos años del alerta de Holbach, el Informe Brundtland nos recordaba que no debemos perder de vista el lugar que ocupamos, como un componente más del medio ambiente, si bien fundamental por los impactos significativos que estamos en capacidad de efectuar sobre él. Dentro de sus objetivos se encontraba el proponer una estrategia medio ambiental a largo plazo para alcanzar un desarrollo sostenible, o sea, el “asegurar que se satisfagan

las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de la futuras generaciones para satisfacer las propias, oportunidad que el Informe expresa que debe alcanzar a todos los seres humanos”. La satisfacción de la necesidades esenciales exige no solo una nueva era de crecimiento económico para las naciones donde los pobres constituyen la mayoría, sino la garantía de que estos pobres recibirán las partes que les corresponden de los recursos necesarios para satisfacer este crecimiento el desarrollo duradero no es un estado de armonía sino un proceso de cambio por el que la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los progresos tecnológicos y las modificaciones de las instituciones se vuelven acorde con las necesidades presentes también como las futuras.<sup>22</sup> La definición de desarrollo sostenible expuesta en el Informe no da lugar a dudas. Explica en contenido las metas y el cómo lograrlo. No son los accidentes puntuales que han afectado gravemente ecosistemas específicos, como puede ser el derrame de petróleo en el mar por la colisión de un buque o de fallas en instalaciones petroleras las que han marcado el signo de alarma para la existencia de vida en el planeta, sino los efectos acumulativos de varios procesos globales, consecuencia fundamentalmente de modelos de desarrollo económicos, marcados por un desprecio hacia todo aquello que no reporte riqueza material y utilitarismo. Cuatro grandes factores globales están poniendo en peligro la vida sobre el planeta y han sido la llamada de atención, sobre otros que son menos evidentes o dramáticos, pero que marcan la necesidad de un enfoque sintético en el análisis del medio ambiente:

Disminución de la capa de ozono y la incidencia

directa de los rayos ultravioletas en la salud humana, lo que ocasiona la pérdida del equilibrio inmunológico, el aumento del cáncer, la ceguera y otras aflicciones cutáneas. Las causas, hay que buscarlas en los gases compuestos por cloro, flúor y carbonato, que se utilizan en los refrigerantes, aerosoles y solventes, para fabricar plásticos.

Efecto invernadero, se vaticina un aumento del clima entre 1.5 y 4.5. grados centígrados, en los comienzos del próximo milenio. De no controlarse la emisión de gases contaminantes provenientes de los combustibles fósiles. La “boina de plástico” producida por la contaminación del bióxido de carbono amenaza con propiciar el derretimiento de los casquetes polares, el hundimiento de las costas de bajo nivel del mar y la multiplicación de los desiertos improductivos.

Deforestación de las selvas tropicales y la pérdida de medio ambiente, si bien aquellos cubren solo el 6 % de la superficie terrestre, contiene por lo menos la mitad de las especies de la flora y la fauna terrestre. La deforestación contribuye a agravar el deterioro de los recursos de agua dulce.

Desecho, las industrias no saben que hacer con la basura, en especial las toxinas y están acudiendo a los países pobres para que les sirva de basura atómica o residuales peligrosos. Los desechos industriales han destruido la vida acuática en gran parte de los lagos y ríos y el agua contaminada afecta las especies de fauna y flora. Se calcula que  $\frac{1}{4}$  parte de las enfermedades provenientes de esta fuente. Por lo tanto, dos factores han caracterizado la irrupción de la problemática ambiental en el discurso social y político actual: el deterioro objetivo y creciente

del medio ambiente y la extensión de la conciencia social de dicha degradación y los procesos que origina para la existencia misma del hombre.<sup>23</sup> Como otros juristas, entendemos que el Derecho Ambiental cobra vida a partir de la Conferencia Mundial sobre Medio Humano llevado a cabo en Estocolmo (1972), a partir de allí, la comunidad internacional y el particular los que tenemos la difícil tarea de legislar, comenzamos apreciar que la eficacia de la norma jurídica que aborde la problemática ambiental está determinada fundamentalmente, por la capacidad que tenga la misma de abordar con carácter sintético cada recurso o componente que pretenda conservar. Ser eficaz depende, “de una adecuada percepción del ambiente, esto es, de que opere sobre la base de que el ambiente constituye un acoplamiento organizado de subsistemas ecológicos funcionalmente interdependientes, constituidos, a su turno, por factores dinámicamente interrelacionados”.<sup>24</sup> Veinte años después de Estocolmo y cumpliendo un mandato de la Conferencia, se reúne en Río de Janeiro el 4 de junio de 1992, la “Conferencia de NNUU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”. Cumbre que dio lugar a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional como son: La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo; Programa 21, Establecimiento de un marco jurídico y Reglamento Eficaz; Convención sobre la Diversidad Biológica; Convenio Marco de la NNUU sobre Cambio Climático.- Declaración de Principio sobre los Bosques de todo tipo.

La Declaración de Río con sus 27 principios retoma conceptos y posiciones ya enunciados tanto en Estocolmo como en el Informe Nuestro Futuro Común. El Principio

Nº. Uno reconoce que el papel protagónico del hombre en el desarrollo sostenible no puede ser de otra forma. El desarrollo sostenible es una categoría creada por el hombre para regular el alcance de su derecho al uso y disfrute de los recursos naturales, partiendo que es la única especie que interactúa con el resto de la diversidad biológica, no solo para sobrevivir sino para desarrollarse individual y colectivamente de forma consciente y no movido por instintos primarios. El Principio tercero define el marco de este derecho de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Se introduce el elemento necesidades ambientales no contenidos en el Informe Brundtland y Principio Nueve, hace un llamado a la solidaridad para el logro del desarrollo sostenible. Entendemos que este lugar primado que ocupa el concepto de Sostenibilidad es un reconocimiento al papel y la responsabilidad que tiene el hombre en la conservación del medio ambiente. Y aquí se imbrican dos elementos que a los efectos del Tema que estamos tratando, queremos destacar de la Cumbre de Río. “La Conservación de la Vida, no es ninguna acción romántica o de compasión por una especie cualquiera que se encuentra el peligro de extinción. La Conservación es algo sumamente superior. Es reconocer que cada especie, tiene un valor intrínseco superior a cualquier valoración o estimación humana. Cada organismo tiene una dignidad y un derecho a la vida que ningún ser humano puede regatearle y mucho menos arrebatárselo”<sup>25</sup> Al analizar la Convención sobre Diversidad Biológica vemos, como uno de los planteamientos más significativos, el reconocimiento que hace en su



Preámbulo al valor intrínseco de la diversidad biológica. Este pronunciamiento si bien va dirigido al componente Vida de lo que entendemos como medio ambiente, extiende su imperio al mismo como un todo, partiendo de que la diversidad biológica se sustenta, en un constante flujo y reflujo con otras formas de existencia de la materia y el espacio que la rodea. Es justo señalar que con anterioridad, el Informe Brundtland había hecho igual pronunciamiento al expresar: “El material genético de las especies silvestres reporta miles de millones de dólares anuales a la economía mundial, en forma de especies mejoradas en vegetales comestibles, nuevos fármacos, medicamentos y materia prima para la industria. Pero aun prescindiendo de la utilidad, hay motivos de orden moral, éticos, cultural, estéticos y puramente científico para conservar las especies silvestres”. La existencia “[... de los organismos y especies vegetales y animales que pueblan la tierra, surgió como resultado de un proceso largo y complejo en que la contingencia desempeñó un papel capital”.<sup>26</sup> Esta singularidad en su surgimiento, que trasciende al hecho mismo, de que todavía hoy la ciencia no logra una definición exacta de su esencia acentúa nuestro deber, como un componente más que somos del Todo del que habló Holbach, o de lo General a que se refería Lenin, a adecuar nuestra acción como criaturas conscientes, al respeto y conservación del medio ambiente, depositario de este tesoro que es la vida. Aquí retomamos a Holbach, “el hombre no tiene ningún motivo para creerse un ser privilegiado por la naturaleza, puesto que está sujeto a las mismas vicisitudes que sus demás producciones. Así como el árbol produce los frutos peculiares de su especie, así el

hombre según su energía particular produce sus frutos, que son sus acciones y sus obras igualmente necesarias, se convencería de que en la ilusión que le da tan buena idea del mismo, proviene de que es al mismo tiempo espectador y porción del universo y, al final llegará a conocer que la idea de la excelencia de su ser no tiene un fundamento que el de su propio interés y la producción natural que guarda para consigo mismo”.<sup>27</sup>

### *Evolución de actuaciones ambientales a nivel mundial:*<sup>28</sup>

|      |                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|------|-------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1972 | <b>Primer informe al Club de Roma</b>           | Este informe también se denominó los límites del crecimiento, el cual reconoce por vez primera que no puede haber crecimiento económico ilimitado con recursos ilimitados. Se debía actuar de inmediato con el objetivo de frenar el crecimiento demográfico, limitar el consumo de alimentos y materias primas y reducir la contaminación y la producción industrial.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| 1972 | <b>Conferencia de Estocolmo</b>                 | Primera conferencia de la ONU sobre medio ambiente a escala mundial, estuvieron 113 naciones, se crea el PNUMA, que diez años mas tarde se denominaría estrategia mundial de conservación de la naturaleza.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 1987 | <b>Informe Brundtland</b>                       | Este concepto de desarrollo sostenible se acuña en este informe, publicado con el nombre de Nuestro futuro común, realizado por encargo de la ONU.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 1987 | <b>Protocolo de Montreal</b>                    | Se asentaron las bases para la progresiva reducción de las sustancias contaminantes que aun hoy agotan la capa de ozono. Las metas para reducir los gases CFC, halones y bromuro de metilo.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 1992 | <b>Cumbre de la Tierra o conferencia de Río</b> | Su objetivo principal, fue reafirmar la declaración de la ONU ( Estocolmo de 1972) y adoptar un enfoque de desarrollo que protegiera el medio ambiente, mientras se aseguraba el desarrollo económico y social, de la misma surgieron cinco documentos, suscritos por los países participantes: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración de Río, sobre medio ambiente y desarrollo, se definen derechos y deberes de los Estados.</li> <li>• Convenio sobre la diversidad biológica.</li> <li>• Declaración de principios sobre el manejo, la conservación y el desarrollo sustentable de los bosques.</li> <li>• Convenio marco sobre el cambio Climático.</li> <li>• Agenda 21 o programa 21, su finalidad definir las metas ambientales y el desarrollo en el siglo XXI.</li> </ul> Se crearon comités y organizaciones como: <ul style="list-style-type: none"> <li>• El convenio marco de la ONU sobre el cambio climático.</li> <li>• Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible.</li> </ul> |
| 1996 | <b>Conferencia Hábitat II</b>                   | Se ejecuta en Estambul, Turquía; sirvió para determinar las bases del programa Hábitat, el cual está vigente actualmente, caracterizado por un modelo de ciudad encaminado a mejorar las condiciones de vida del hombre, desde la política del desarrollo sostenible y la problemática de la humanidad.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 1997 | <b>Segunda Cumbre de la Tierra</b>              | Se celebra en Nueva York, con el objetivo de revisar y determinar los objetivos del estado de compromiso que había sido asumido en la anterior cumbre de la tierra de Río de Janeiro.<br>Se define un plan de trabajo al constarse lo lejos que aun se estaba de este cumplimiento, definiendo un plan de trabajo para los próximos cinco años ( 1997-2002), definiendo las estrategias nacionales por cada país para un desarrollo sostenible.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 1997 | <b>Conferencia de Kyoto</b>                     | Este se realiza en Kyoto, Japón se intento llegar a un acuerdo para la protección de clima, definidos en la cumbre de la tierra de 1992. Se pudo comprobar que estábamos muy lejos del cumplimiento de estos. Su mayor logro fue la elaboración, firma y ratificación de una mayoría de los países firmantes (de los no firmantes se destaca los EUA). Documento que recoge medidas para la progresiva reducción de los gases de efecto invernadero.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |

|      |                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|------|---------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1998 | <b>Protocolo de la protección de la Antártida</b> | Se reconoce a la Antártida el interés para toda la humanidad, pues desde 1959 se había firmado el Tratado Antártico, aceptado por 45 países. Fueron acordados: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se utilizará solo para fines pacíficos.</li> <li>• Promover la cooperación internacional para la investigación científica.</li> <li>• No se harán nuevas reclamaciones sobre soberanía territorial en la Antártida.</li> <li>• Se prohíbe la eliminación de desechos radioactivos y explosiones nucleares.</li> </ul> Finalmente producto de los fuertes movimientos ecologistas mundiales, este tratado se completó reuniéndose en el Protocolo al Tratado de la Antártida sobre la protección al medio ambiente o protocolo de Madrid. |
| 1998 | <b>Conferencia de Buenos Aires</b>                | Su objetivo fue superar los problemas que habían surgido en la cumbre anterior (Kyoto) y revisar estos objetivos.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 2001 | <b>Acuerdo de Bonn</b>                            | El protocolo de Kyoto establece tres mecanismos de flexibilidad, para facilitar a los países del anexo 1 de esta convención (países desarrollados y con economías de transición de mercado) la consecución de sus objetivos de reducción y limitación de emisiones de gases de efecto invernadero: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Comercio de emisiones.</li> <li>• Mecanismo de desarrollo limpio.</li> <li>• Mecanismo de aplicación conjunta.</li> </ul> Con este acuerdo se buscó además estipular los principios y las líneas generales en la utilización de los mecanismos de flexibilidad.                                                                                                                                      |
| 2001 | <b>Acuerdo de Marrakech</b>                       | Los principios rectores de los mecanismos de flexibilidad se definieron en el acuerdo de Bonn de 2001, y se recogen en los textos legales de Marrakech                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 2002 | <b>Cumbre de Johannesburgo</b>                    | Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible, su principal objetivo fueron la adopción de compromisos concretos con relación a la agenda 21, así como el logro del desarrollo sostenible                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 2004 | <b>Decima conferencia de Paris</b>                | Se celebra en Buenos Aires, Argentina. Tiene como objetivo evaluar lo alcanzado hasta ese momento en la Convención y los desafíos futuros teniendo en cuenta la entrada en vigor del protocolo de Kyoto el 16 de febrero de 2005.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 2005 | <b>Cumbre Mundial</b>                             | Compromisos y obligaciones de los países en un convenio marco de la ONU sobre el Cambio Climático y el protocolo de Kyoto, para tratar los números desafíos encarados para combatir el cambio climático, promover energías limpias, resolver las necesidades energéticas y lograr el desarrollo sostenible.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 2005 | <b>Undécima conferencia de Paris</b>              | Entre los acuerdos firmados, los más destacados son: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aprobar los acuerdos de Marrakech</li> <li>• Comenzar el proceso de negociación para el periodo posterior a 2012, 2do compromiso de compromisos del protocolo de Kyoto.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |

El tema como continuidad de artículos escritos por el autor principal y ahora en coautoría en relación con la temática medioambiental, es el resultado de mis experiencias cuando ejercí la función de auditor gubernamental y ahora en el ejercicio de la docencia, tiene como objetivo demostrar la pertinencia de la solución de los conflictos medioambientales como resultado de la responsabilidad ambiental en relación con la protección del medioambiente y en particular la relacionada con la protección de los animales. Hacemos una revisión histórica en relación con la institución jurídica, la base legal que la sustenta en diversas etapas que han sido objeto de análisis, los organismos implicados, haciendo una mirada a la legislación medioambiental y otra a los órganos de

control con competencia y jurisdicción, como al resto de los organismos de la Administración Pública que tributan con su legislación a acciones dirigidas a la protección medioambiental. El *problema científico* de la investigación radica en *la inacción en la solución de los conflictos en materia medioambiental*. Nos permitirá continuar nuestra labor de investigación en relación con el tema, al abordar en investigaciones posteriores, o si se hará cumplir lo que dispone por la Ley del Medio Ambiente y su trascendencia a la vía jurisdiccional. Como métodos de investigación, utilizamos la revisión bibliográfica, tanto de normativas jurídicas nacionales y en torno al derecho comparado, las entrevistas con expertos que ejercitan la auditoría y la inspección ambiental indistintamente en el CITMA, OACEs y en la Contraloría General de la República, los criterios de juristas vinculados a la labor medioambiental, juristas en su labor profesional como fiscales y jueces; hicimos uso del método heurístico, el axiológico, que nos permitieron formarnos un criterio respecto a la institución jurídica analizada, en una dimensión social-jurídica valorativa, que en plano económico nos permitió conocer las aristas del problema científico tratado. Las consecuencias en relación con los actores dentro del contexto social, las acciones relacionadas con la modificación del entorno, que tributan a incrementar la cultura jurídica en materia medioambiental, incidiendo de esta forma en las decisiones políticas por parte del Estado y su estrecha relación con la toma de decisiones en el orden económico puedan incidir, en torno a la cultura del impacto.

## 1. Consideraciones acerca de la historia ambiental.

La historia ambiental, como término de uso reciente compartido en ocasiones con los de historia, ecología y eco historia no constituye una perspectiva interesante nueva de mirar al pasado. Desde siempre, el ser humano se ha preocupado por su relación con el medio natural.<sup>29</sup> Es posible decir, sin embargo, que la forma en que comienza a verse esta relación en el tiempo por parte de la historia ambiental, sí, representa un cambio de perspectiva. En lugar de dirigirse de manera predominante a destacar las determinaciones que el medio físico ha imputado a la sociedad, aparece ahora en un lugar preponderante la indagación sobre como la cultura material y espiritual del ser humano ha moldeado y modificado su entorno natural y cuáles son sus consecuencias. La historia ambiental se ocupa de las interacciones mutuas del ser humano con el resto de la naturaleza, tal y como expresó un destacado historiador ambiental norteamericano, John R. McNeill<sup>30</sup>, o como indican dos autores primero de España, se trata de “entender la historia como un proceso de evolución entre los humanos y su medio partiendo del carácter inseparable de los sistemas sociales y ecológicos”.<sup>31</sup> Se considera que el nacimiento formal de la historia ambiental se produjo en círculos académicos norteamericanos y europeos como reacción de los estudios del pasado a la profunda crisis medioambiental de la sociedad contemporánea. No quiere decir que sea este un movimiento exclusivo de historiadores, por el contrario, tiene como novedad el incorporar especialistas de diversas disciplinas bajo el fin común de estudiar los orígenes y antecedentes

de muchas de las problemáticas actuales en la relación de los seres humanos con el resto de la naturaleza. La historia ambiental representa un esfuerzo por conectar los resultados de diferentes disciplinas de las ciencias naturales y las ciencias sociales, que no deja de tener el ser humano como protagonista principal, pero que a la vez lo inserte en una red de interacciones sociales, económicas, políticas, biológicas, geofísicas y ecológicas.<sup>32</sup>

A lo largo de los últimos veinte años, la persistente combinación de crecimiento económico mediocre e incierto, el deterioro social y la degradación ambiental que aquejan a la América Latina, han estimulado un creciente interés por las formas de interacción entre nuestras sociedades y su medio natural, a lo largo del tiempo, y por las consecuencias que se han derivado de esa interacción para ambas partes. Así ha empezado a tomar forma en nuestra cultura una historia ambiental que, si por un lado se nutre de los desarrollos de esta disciplina en su mundo noratlántico de origen, por el otro va adquiriendo ya perfil y tareas propias en su propio mundo. El punto de origen de este proceso puede ser ubicado a fines de la década de 1970, cuando empezó a manifestarse un creciente interés en los problemas ambientales de la región por parte de organismos internacionales y de algunas instituciones académicas. Y en 1978 el geógrafo Chileno Pedro Cunill<sup>33</sup> señaló la necesidad de establecer un horizonte histórico para el análisis de los problemas ambientales, y en 1980 Nicolo Gligo<sup>34</sup> y Jorge Morillo<sup>35</sup> publicaron un artículo “*Notas sobre la historia ecológica de América Latina*”, que sintetizaba el estado de la discusión sobre el tema en el marco de la teoría del desarrollo. Tres años después el sociólogo chileno Luis

Vitale<sup>36</sup> publicó un ensayo concedido, en lo fundamental, como una réplica de izquierda al planteamiento del tema desde la Comisión Económica para América Latina<sup>37</sup>, que enfatizaba las limitaciones de la teoría del desarrollo para dar cuenta de los costos ambientales del crecimiento económico en la Región.

Ese primer momento de Conformación, sin embargo, desembocó en un interregno que se prolonga hasta principio de la década de 1990, cuando las perspectivas de la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo<sup>38</sup>, celebrada en Río de Janeiro en 1992, proporcionaron una renovación del interés por el tema en la región. Por contraste, a partir de aquí se inicia un momento nuevo en la evolución de esta historia, en el que las preocupaciones por la llamada “variable ambiental” del desarrollo van cediendo lugar a la reflexión sobre las consecuencias ambientales de lo que había venido acaeciendo realmente en la región.<sup>39</sup> Para la segunda mitad de la década, este segundo momento había desembocado en una fase nueva de madurez, marcado por aportes como los del colombiano Alberto Flores Malagon y nuevos textos del chileno Pedro Cunill.<sup>40</sup> Lo fundamental, sin embargo, es que la historia ambiental ya forma parte de la cultura latinoamericana y muy especial en Cuba, desde donde nos ayuda a comprender de qué manera nuestros problemas ambientales de hoy son la consecuencia de las formas en que han venido siendo organizadas nuestras relaciones en el mundo natural a lo largo de los últimos cinco siglos y, en particular, de los últimos cincuenta años. Empezamos a entender así, que cuando se estudia “un acto histórico, o un acto individual”, se ve que la intervención humana

en la naturaleza acelera, cambia o detiene la obra de este, y que toda la historia es solamente la narración del trabajo de ajuste, y los combates entre naturaleza extrahumana y la naturaleza humana. Cuba al igual que toda nuestra América se suma en voz propia a la creación de la cultura nueva que, desde todos los rincones del planeta, reclama un desarrollo sostenible por humano que sea y se comprenda una vez más, que solo seremos universales en la medida que seamos auténticos.

## 2. La inacción en los conflictos ambientales en torno a la justicia ambiental, panorama cubano.

La Constitución de la República de Cuba<sup>41</sup>, en su artículo 27, dice que: *El estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país, reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.* Es deber de la ciudadanía contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza. Consecuentemente en la práctica trazada por el Partido y el precepto constitucional citado; la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobó la Ley número 33 del 10 de enero de 1981 “de protección del medio ambiente y el uso racional de recursos naturales”<sup>42</sup>, en la que se establecen los principios básicos para la conservación, protección, y mejoramiento del medio ambiente y el uso

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

La justicia ambiental cubana, retos en el siglo XXI - pp. 69-128

SÁNCHEZ A. A. / VILTRES C. J. B. / SÁNCHEZ A. G. A.



racional de los recursos naturales. Conforme con la política integral del país, la Disposición Especial Segunda de esta Ley dispuso que los conflictos de carácter económico que se susciten sobre esta materia los conozca y decida el Órgano de Arbitraje Estatal competente<sup>43</sup> y por el Decreto número 119 del 29 de septiembre de 1983 que establece las reglas para determinar la competencia de los órganos de Arbitraje Estatal” facultó a los Órganos de Arbitraje Estatal Territorial y a los adscritos a los organismos de la Administración Central del Estado para conocer y decidir los conflictos ambientales, definiendo que el objeto de la jurisdicción son los conflictos ambientales. La regla Segunda del citado Decreto número 119, al pretender definir el concepto de conflicto ambiental determina su alcance, al expresar que son aquellas cuestiones de carácter económico, contractuales y extracontractuales que se originen en materia de Protección del Medio Ambiente o uso racional de los recursos naturales, por lo que esta regla no se circunscribe estrechamente a las relaciones inter-empresariales, sino al ámbito económico en general, lo que implica que el arbitraje estatal pudo entrar a conocer cualquier actividad infractora de la protección del medio ambiente o uso irracional de los recursos naturales que tuviera connotación económica, aún en el caso de no poder precisar la agresión, ni poder cuantificar exactamente los daños. En cuanto a las medidas a imponer, el artículo 127 de la Ley número 33 establece: “Las acciones u omisiones no constitutivas de delito que infrinjan lo preceptuado en la presente Ley u otras disposiciones legales referidas a la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, son

sancionadas con multas administrativas y, en su caso, con medidas de retención, sacrificio, destrucción, decomiso, reembarques, prohibición de descargar, reparación de los daños u otras”. La autoridad administrativa competente en cada caso ordena el cese de la actividad infractora, así como cuando proceda, dicta las medidas necesarias para la restauración, subsanación o rehabilitación de los objetos del medio ambiente o de los recursos naturales dañados, contaminados o perjudicados. Sin embargo el artículo 130 limita estas facultades, y la condicionó a una legislación futura. *“El Consejo de Ministros reguló los procedimientos o normas para la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales y define las autoridades administrativas facultadas para ello dentro del Sistema de la Administración del Estado. También reguló el procedimiento para disponer las medidas de rehabilitación o subsanación de la contaminación, daños o perjuicios causados, cuando procediera”*.<sup>44</sup>

Analizando que la Ley 33 reguló la competencia del Arbitraje Estatal para los conflictos en esta materia, el Decreto N° 23<sup>45</sup> señaló los objetivos del Sistema de Arbitraje Estatal y que éstos fueron órganos especiales de la Administración Central del Estado con funciones de dirección estatal, así como se definió desde el Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba la política para la protección y mejoramiento del medio ambiente y el aprovechamiento racional de los recursos naturales y en el Informe Central al Tercer Congreso del Partido Comunista de Cuba.<sup>46</sup> Fidel analizó que, aunque se ha elevado la conciencia en este sentido, el avance en la lucha contra la contaminación ha sido lento y sólo se aprovechan los

residuales en un reducido número de instalaciones, los sistemas de tratamiento son deficientes o no funcionan, de los que se colige la posibilidad del Arbitraje de actuar activamente pues si un Órgano de Arbitraje Estatal le dicta un plan de medidas a una empresa para que restaure, subsane o rehabilite el medio que afectó, actuaba consecuentemente, no sólo con el espíritu de la Ley, sino al fortalecimiento de la política del Partido; también fue consecuente si dispuso el cese o la interrupción de una actividad infractora que afecte o pueda afectar la economía del país y cuando decide, la reanudación de la actividad una vez eliminada su infracción. Es importante destacar que dentro de las decisiones de la actual política del proyecto social cubano, los lineamientos<sup>47</sup> acordados en el sexto congreso del Partido Comunista de Cuba, en el año 2011 y 2012<sup>48</sup>, donde hay disposiciones relacionadas con el tema medio ambiental, que permitirá a la Administración Pública dirigir acciones encaminadas a potenciar la cultura del impacto ambiental, con acciones dirigidas a proteger el medio ambiente por los actores involucrados. El Arbitraje Estatal en este momento histórico conoció de oficio, casos de contaminación ambiental a partir de lo siguiente:

*Que la contaminación afecte cualquier objetivo económico que el Estado debe tutelar.*

*Que la contaminación se produzca por el uso irracional de los recursos económicos mediante vertimiento o expulsión a la atmósfera de materia primas secundarias, consideradas erróneamente como desechos residuales. Ejemplo: el mosto de los centrales azucareros o los gases sulfurados que expulsan a la atmósfera las industrias que queman petróleo, partiendo de la concepción científica de que no existen residuales*

*industriales inútiles. Que no es necesario que esté precisado o se pueda precisar el damnificado, ni se pueda cuantificar los daños, si es evidente la afectación económica.*

En los ejemplos expuestos no siempre es medible la afectación económica y sin embargo, es evidente que existió. Los Órganos de Arbitraje Estatal Territorial<sup>49</sup> pudieron conocer de los focos de contaminación ambiental que afectan cualquier objetivo económico, dictar planes de medidas que se atemperen a los planes de inversiones que sobre medio ambiente tengan las empresas, o las medidas recomendadas por la Comisión Provincial del medio ambiente. En todos los casos el Arbitraje pudo exigir y controlar, autoritariamente, el cumplimiento de los referidos planes de inversiones o las medidas recomendadas por la citada Comisión Provincial. La interpretación de esta legislación le dio al Sistema de Arbitraje Estatal la posibilidad de pasar a una posición ofensiva en lo concerniente a los “conflictos ambientales”.

La solución de los conflictos ambientales, a la luz de la jurisdicción económica y civil: En principio la Ley número 81 sobre el Medio Ambiente<sup>50</sup> no excluye jurisdicción alguna en clara alusión a las diversas responsabilidades que pueden suscitarse; la penal, administrativa contenciosa, civil o económica. La tutela de esos derechos por vía jurisdiccional con preeminencia como se conoce dado el tratamiento penal de nuestro Código que sólo recoge hechos donde se manifiestan conductas que traen impacto negativo en el medio ambiente; pero no está presente el Delito Ecológico ni existe organización de un título especial de esa regulación y que su alcance en la norma y la finalidad están muy

lejos de la principal tarea de prevención; como tampoco se conoce en las perspectivas de modificaciones inserción alguna de figuras típicas medio ambientales en el Derecho Penal.<sup>51</sup> Por lo que al desaparecer y extinguirse el Sistema de Arbitraje Estatal y crearse las Sala de lo Económico en los Tribunales Populares, mediante el Decreto Ley número 129 del año 1991<sup>52</sup>, estas salas de Justicia continuaron aplicando como reglas las de Procedimiento previstas en el Decreto número 89 del 1981, hasta tanto surgieran las futuras modificaciones, con las adecuaciones de la Instrucción número 141 de fecha 27 de septiembre de 1991<sup>53</sup> del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Los conflictos del medio ambiente en la mayoría de los casos se han conocido en las Salas de lo Económico, ratificando el conocimiento de los mismos al Decreto número 223 del 15 de Agosto del 2001<sup>54</sup>, por lo que uno de los puntos controvertidos para determinar la jurisdicción y competencia entre lo Civil y lo Económico, sobre este particular fue el Dictamen número 350<sup>55</sup> del Consejo de Gobierno. Si una u otra jurisdicción era competente para conocer los daños permanentes o eventuales al medio ambiente, el citado Dictamen se manifiesta planteando el principio de unidad de competencia, por lo que cualquier reclamación por conflictos de esa razón será de conocimiento de las Salas de lo Económico. Es criterio que para determinar una u otra jurisdicción se deberá atender a los sujetos que intervienen en el daño acontecido por el impacto negativo medio ambiental y si la causa se origina por la actividad comercial o productiva de los sujetos que intervienen; pero en la práctica forense son casi inexistente reclamos por la vía jurisdiccional de lo Civil.

Al promulgarse el Decreto-Ley número 241<sup>56</sup>, modificativo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 26 de Septiembre del 2006, fue ratificado la competencia de la jurisdicción de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares, cuando expresa que corresponde a éstas Salas el conocimiento y solución de los litigios o conflictos que surjan con motivo del incumplimiento de las regulaciones sobre la protección al medio ambiente y los recursos naturales, o relacionados con daños ambientales, resultante de actividades económicas desarrolladas por personas jurídicas o naturales cubanas o extranjeras, en el territorio nacional, comprendidas las aguas interiores, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental; de lo que se colige que cuando existe alguna afectación ambiental entre las familias naturales, es del conocimiento de la jurisdicción civil en un proceso que se caracteriza por las relaciones de vecindad. Indudablemente los jueces deben conocer en principio los instrumentos legales para enfrentar los hechos discurridos a la norma en dichos conflicto; sin lugar a duda de primera importancia debe recurrirse a la Constitución de la República en el conocido artículo 27 que recoge las modificativas de ese texto en el año de 1992 atemperado a los nuevos conceptos de la Cumbre de Río sobre el medio ambiente, el desarrollo sostenible y sustentable.<sup>57</sup> En el derecho sustantivo tiene una significativa aplicación el Código Civil Cubano, Ley número 59 de 1987<sup>58</sup>, pues es conocido que la mayoría de los asuntos se refieren a la responsabilidad por actos ilícitos que se enmarcan en la responsabilidad civil objetiva conocida como responsabilidad aquiliana o

extracontractual ver los artículos 81, 82, 83, 84, 85 inciso (f) , y 86 los que se relacionan con otros de ese propio texto como el artículo 95 y siguiente, la prescripción y caducidad de los derechos que en reclamaciones de la naturaleza apuntada se remite a la Instrucción número 161 de fecha 19 de septiembre del 2000<sup>59</sup> del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular se establece que el derecho para tales acciones caduca al año y lo relaciona con la prescripción de la acción del inciso d) del artículo 116 del texto legal precitado.

Sin lugar a dudas se utiliza como norma fundamental la Ley número 81 sobre el medio ambiente<sup>60</sup>, cuya preceptiva general permite situar al operador del derecho, los principios, conceptos básicos y objetivos, los instrumentos de la política y la gestión ambiental, planificación, el ordenamiento ambiental, planificación, la licencia ambiental, responsabilidad en que se incurre por daño medio ambiental, entre otras y los recursos naturales objeto de protección, por ser un Derecho Horizontal que deviene en una relación directa con otro cuerpo legales normativos que según el conflicto se debe utilizar, ejemplo: la Ley número 76, de Minas<sup>61</sup>; la Ley número 85, Forestal<sup>62</sup>; el Decreto-Ley número 138<sup>63</sup>, sobre la aguas terrestres, los tratados y acuerdos de esta materia donde Cuba es parte de obligatorio cumplimiento al ser ratificados por la Asamblea Nacional. Actualmente el conocimiento de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares en materia económica se espera alcance en un importante avance al conocerse la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Decreto-Ley número 241 antes referido, en cuyo tenor se pronuncia en materia

medioambiental, en aras de alcanzar el principio de unidad de jurisdicción, que dichas Salas conozcan las demandas que pueden establecer los ciudadanos contra las Entidades Infractoras, a la que posibilita el ejercicio de acciones resarcitorias como de cumplimiento, para prevenir el daño ambiental, las que igualmente pudieran ser ejercidas por el Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente<sup>64</sup> o por la Fiscalía General de la República y el Ministerio de la Agricultura en materia de Patrimonio Forestal que refleja que las sentencias dictadas en procesos medio-ambientales referida al daño, no causa estado de cosa juzgada, quedando legitimado el perjudicado para ejercitar nuevas acciones reclamatorias por la continuidad de los efectos del evento daños que haya dado lugar a la misma. En virtud de la Ley número 81 del 11 de julio de 1997 “De Medio Ambiente”, se encomienda a las Sala de lo Económico de los Tribunales Populares, la solución de los conflictos originados por la aplicación de lo que en la misma se dispone, conforme se establezca por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular sin perjuicio de que sean conocidos y resueltos en sus propias jurisdicciones las materias civiles, penales, contenciosas-administrativo y administrativos-contravencionales que correspondan.<sup>65</sup> Al promulgarse por el Consejo de Estado el día 15 de agosto del 2001, el Decreto Ley número 223 “De la Jurisdicción y Competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares”, en su disposición segunda del Artículo 1, estableció que serán del conocimiento de la Sala de lo Económico, las demandas que promuevan contra las personas naturales o jurídicas descrita en el apartado primero, es decir, todas las entidades estatales, las sociedades mercantiles



y demás entidades privadas, instituciones financieras y organizaciones sociales y de masa, asociaciones y fundaciones, cooperativa, unidades básicas de producción, pequeños agricultores y otras poseedores de tierra, con motivo del incumplimiento de las regulaciones sobre la protección al medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales en el desarrollo de sus actividades productivas o de comercio, ya sean promovidas las misma por algunas de éstas personas o por la Fiscalía General de la República o el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, de conformidad con la legislación vigente. En tal sentido es donde podemos abordar el tema de la inacción de los organismos competentes en la solución de los conflictos medioambientales desde esa fecha, por cuanto en todo el período de vigencia del Decreto 223 de la “Jurisdicción y Competencia de las Salas de lo Económico”<sup>66</sup>, no han presentado demanda ante la Sala ni el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente ni la Fiscalía General de la República,<sup>67</sup> a pesar de conocerse de muchas infracciones de las regulaciones de la Ley 81 y de otras Leyes que complementan el sistema y que vienen afectando la economía del País y en otros casos también afectan la salud ambiental; conociéndose que por estos organismo se dictan medidas, se imponen multas o se realizan dictámenes para su solución administrativa la que no en todos los casos son materializadas por la necesidad de la proyección de inversiones para la solución del problema planteado, lo que implica la continuidad de la afectación al medio ambiente y a los recursos naturales. El actual órgano de control y fiscalización, la Contraloría de la República y el posterior acuerdo del Consejo de

Estado que reglamenta su actuar, le abrogan la función constitucional como órgano supremo del Estado cubano, en materia de fiscalización y control, sobre los órganos del Estado y del gobierno, con subordinación jerárquica al Consejo de Estado, amparados en el artículo 75 de la Constitución cubana,

La solución de los conflictos medioambientales en la sala de lo económico del Tribunal Provincial Popular en Granma: en la provincia Granma la Delegación del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente desde el año 2002 al 2005, sancionó a sesenta entidades e impuso como medida en la obligación de hacer a cuarenta y un casos y como clausura temporal a tres entidades; asimismo impuso veintinueve multas institucionales y una multa personal, lo que demuestra también una inacción en cuanto al procedimiento administrativo contravencional como parte del derecho administrativo sancionador<sup>68</sup> si se tiene en cuenta el nivel de violaciones que en este sentido medioambiental se conoce. Las principales violaciones en este periodo están dada en el incumplimiento de las inspecciones ambientales estatales reguladas por la Resolución número 130 de 1995<sup>69</sup>; el vertimiento de residuales líquidos a la zona costera; el inicio obras sin licencias ambientales y la inadecuada disposición de desechos peligrosos, lo que es de colegir que independientemente a la multa o medida impuesta, debieron haber promovido la demanda judicial a los efectos de obligar a la eliminación del efecto dañoso, a la paralización de la obra o a la indemnización de los perjuicios económicos ocasionados, pues muchos de estos incumplimientos de medidas tuvieron o tienen un impacto negativo sobre el

medio ambiente y por consiguiente económico sobre otras entidades que utilizan el recurso natural como es el agua, las costas, los suelos, etc. para el desarrollo de su economía o actividad productiva. Es de apreciar que muchas de estas violaciones no fueron resueltas por la vía administrativa; aunque las sancionadas alegan que no cuentan con inversiones para ejecutar la solución del problema, lo que evidencia que la vía contravencional no resuelve la situación presentada y que utilizando como debía ser, la vía judicial, se hubieran obtenido otros resultados y otras soluciones; de lo que deviene la importancia de la acción de los organismos competentes en los conflictos medio-ambientales. Para demostrar tal apreciación, haremos referencias a tres entidades en la provincia que han tenido una influencia en el impacto ambiental negativo con consecuencias plenamente peligrosas sin solución siendo estas las siguientes, de la muestra tomada en ese período; de los procesos presentados ante la vía jurisdiccional en la sala de lo económico del Tribunal Provincial Popular de Granma, analizada la etapa del 2003 al 2006, la Sala de lo Económico hubo de conocer 18 procesos de infracciones al medio ambiente, donde se presentaron demandas por actos ilícitos en los que se incluyen procesos de quema de caña por imprudencia; penetración del ganado a las plantaciones (vianderas, frutales y cañeras) y poda indiscriminada. También se conocieron las demandas por contaminación de las aguas y los suelos pero es de destacar que todas fueran presentada a instancia de la parte afectada, notándose la ausencia de los organismos competentes como es el Ministerio de Ciencia y Tecnología, la Fiscalía General de la República y el Ministerio de la Agricultura,

a pesar de las facultades otorgadas primero por el Decreto-Ley 223 del 15 de Agosto del 2001 sobre jurisdicción y competencia de las Salas de lo Económico y luego por el Decreto-Ley 241 del 26 de septiembre del 2006 en franca inobservancia de la voluntad estatal, estando presente la cantidad de infracciones de las regulaciones ambientales. Para mayor conocimiento, hay que destacar que en el año 2001 se aplicaron medidas contravencionales a diferentes instituciones del Estado, y que fue la mayor aplicación que se realizó en esta etapa, pues en el 2002 se redujo, en el 2003 se mantuvo en el rango de quince aplicaciones, observándose una disminución en el 2004 en que solo se aplicaron siete, y el 2005 que se caracterizó por ser el año más bajo con cinco medidas o sanciones; lo que no se corresponde con la cantidad de infracciones que día a día se vienen cometiendo por las instituciones estatales, lo que demuestra una decadencia en cuanto al actuar administrativo-contravencional que el organismo facultado como el CITMA viene obligado a realizar.<sup>70</sup>

Otro tanto se observa en las entidades que mayor incidencia tienen en la provincia, que sus efectos dañinos o contaminantes están por encima de los niveles de admisión establecidos por las convenciones de que Cuba es firmante; como son los vertimientos de residuales y líquidos agresivos de origen industrial que afectan a las zonas costeras y dañan las especies de plantas y animales presentes en el ecosistema marino y no marino; la no caracterización de los residuales que se vierten, incumpliendo con las normas cubanas de vertimientos, lo que ocasiona la contaminación de los ríos de la zona y de los suelos; falta de monitoreo con sistematicidad de los residuales líquidos y falta de un

plan para los desechos peligrosos. Analizando todas las entidades sancionadas por las violaciones de la política ambiental en el período 2001-2005, podemos comentar que en su mayoría están fundamentadas en la obligación de hacer, cosa que como ya he explicado no se resuelven tales problemas de afectación al medio ambiente, pues muchas de estas medidas que aplicó el CITMA, están en vías de solución porque requieren de un plan o proyecto de presupuesto para poderse materializar; de lo que se colige, como es nuestra intención, que debían de haberle promovido procesos económicos y que mediante una sentencia todo esto se hubiera resuelto, ya que por la lógica y razón ninguna resolución del Tribunal en estos casos siendo firme, puede ser cuestionada y amerita en la técnica jurídica el cumplimiento por cada uno de los implicados en el proceso o de lo contrario estaríamos en presencia de un delito de desobediencia ante el órgano jurisdiccional competente. El otro periodo analizado recoge la problemática en torno a la política ambiental dentro del tracto del 2006 al 2010, donde el comentario versa sobre las principales contravenciones en la provincia Granma en el período 2005-2010 reguladas por el CITMA y controladas a través de la inspección estatal, las que han sido:

- *Extracción de arena:* este incidente es cuestionable en la empresa constructora al presentarse fundamentalmente devastaciones mineras.
- *Contaminación ambiental de los residuales de las industrias y por el trabajo manual.* Este es un punto fundamental en cuanto a estas incidencias.

Es preciso tener en cuenta que cuando se habla de contaminación, de esta se desprende diversas aristas ya sea agua, suelo, aire, ruido. En el período reconocido este ha sido el punto más vulnerable, incluyendo la contaminación por ruido, está dado fundamentalmente por la falta de sonómetro en la provincia, una vez que se realicen actividades públicas o particulares, no se pueden tomar otras medidas que las de un llamado de atención o sugerencias.

- *Contaminación por humo y mal olor.*
- *Planes de manejo:* antes de que se llevara a cabo las remodificaciones de todos los policlínicos, este era un tema de mucho tratamiento por vertimientos y salida de desechos peligrosos hacia la sociedad.
- *Deforestación:* la actividad de la forestación fue menos común en este período, solo se dio a conocer un solo caso, y fue dado precisamente con el bosquecito de las Caobas situado aquí mismo en Bayamo, pero con solución de carácter inmediato.

La actuación del CITMA con respecto a tales incidencias, teniéndose en cuenta que esta institución de la Administración Pública tiene como función principal exigir a las administraciones lo que está establecido aún y cuando existan contravenciones que no estén tipificadas. Para mejores resultados en el cuidado y protección del Medio Ambiente, sobre la base de la Ley número 81, haciéndola aplicar el gobierno y el CITMA exige para su cumplimiento en cada territorio. Tomando medidas administrativas, en relación con la aplicación del derecho

administrativo sancionador, a tenor del Decreto Ley 200: en las llamadas paralizaciones definitivas o temporales, también conocidas como clausuras. (Basándose en el retiro de licencias ambientales por extralimitación en determinados impactos ambientales). Del año 2005 al 2009 no hubo ninguna clausura. A diferencia del año 2010, en este sí se pronunció una paralización temporal, emitida por la resolución 11 del 2010, dado en el municipio de Pílon por extracción de áridos. En el período estudiado como medidas principales se aplicaron la amonestación, retiro de licencia en correspondencia con este último caso, y como medida accesoria y frecuentada la aplicación de la multa.<sup>71</sup> Los mecanismos para el conocimiento de estas contravenciones por parte de este organismo de la Administración Central del estado han sido a través de la queja de la población y de los programas nacionales y territoriales de impacto ambiental, según planificación de trabajo. Hay otro aspecto que debemos resaltar, y es que se han puesto muchas multas institucionales y pocas personales, teniendo la carga de su pago el propio Estado a través de sus instituciones, lo que demuestra pasividad por los funcionarios de estas en la solución del daño ambiental.<sup>72</sup> Con este artículo, no presumimos criticar a los organismos de la administración pública estatal, como el CITMA, la Fiscalía y el MINAGRI; aunque como organismos rectores en el desarrollo de su actividad tienen una responsabilidad por Ley, la cual no ejercitan de manera adecuada según criterio de los autores, tal vez por desconocimiento o por falta de reglamentación de los organismos superiores donde puedan discernir y decidir con racionalidad y eficacia que acciones pueden realizar en cada momento, si aplicar una

contravención, una medida o establecer una demanda ante el órgano jurisdiccional competente.

En Cuba este movimiento de la historia ambiental fue casi desconocido; apenas un pequeño grupo de historiadores comenzó a preocuparse por incorporar en sus temáticas la problemática ambiental, pocos geógrafos y científicos naturales se interesan por incorporar la perspectiva histórica en sus investigaciones. Por otra parte se puede mencionar la creciente preocupación por la problemática medioambiental en el país, sobre todo a nivel estatal, pero cada vez más como factor presente en la conciencia colectiva. Amén de que muchas personalidades, como Alejandro de Humbolt<sup>73</sup> y Antonio Núñez Jiménez<sup>74</sup>, siempre tuvieron una visión en materia de protección ambiental. Esta justicia económica, como comúnmente se le conoce entre nosotros, era impartida, de manera unipersonal, por árbitros estatales que actuaban no solo a requerimiento de parte afectada, sino también de oficio, pudiendo dar inicio a procesos arbitrales a partir del conocimiento fundado de determinados incumplimientos contractuales o de una afectación medio ambiental. Estos órganos, más allá de su clara vocación jurisdiccional, participaban a la vez de la naturaleza y funciones propias de un órgano de control estatal, gozando de plenas facultades para convocar a cualquier entidad y realizar visitas de inspección a las mismas. Esta circunstancia última le imprimía un sello particular a la solución de litigios económicos relacionados con el medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, concediéndole un espacio importante y un protagonismo a los órganos de arbitraje estatal para su conocimiento y solución.



La experiencia del funcionamiento de estos órganos de arbitraje estatal en esta esfera contribuyó sensiblemente a la formación de una conciencia ambiental en el sector empresarial, tanto estatal como privado, fundamentalmente en el sector agropecuario, cuya actividad era y en gran medida continúa siendo, mayoritariamente, fuente u objeto de las violaciones de nuestro ordenamiento medio ambiental. Es así que a pesar de la natural inhibición de determinadas funciones anteriormente reconocidas al arbitraje estatal, las Salas de lo Económico han podido en éstos últimos diecisiete años dar continuidad a la labor de solución de litigios relacionados con el medio ambiente, con determinada efectividad, procurando en todos los casos, por todos los medios a su alcance, el desarraigo de las causas que dan lugar a los mismos; lo cual se ha visto sensiblemente favorecido por la especial atención que a la problemática ambiental le han venido dispensando los órganos superiores del Estado y el Gobierno en nuestro país. Ello no obstante, pese a la expresada flexibilidad de las reglas de procedimiento arbitral, los jueces de lo económico han podido constatar la necesidad de contemplar en el nuevo ordenamiento procesal normas expresamente diseñadas para la justicia ambiental y claramente orientadas a dar respuesta a las situaciones de legitimación, práctica de pruebas, medidas cautelares y ejecución de fallos, que adolecieron de falta de precisión y obligaron a recurrir a construcciones integradoras. Este natural reclamo de la práctica judicial, a su vez, se ve reforzado con la recién adoptada Ley número. 81 “Del Medio Ambiente”, de 11 de julio de 1997<sup>75</sup>, en virtud de la cual el conocimiento de los conflictos que surgen de su

aplicación corresponde a las Salas de lo Económico de los tribunales populares, conforme lo establezca el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, sin perjuicio de que sean resueltas en sus propias jurisdicciones las materias civiles, penales, contencioso-administrativas y administrativo-contravencional. En este sentido se impone tomar en cuenta que, de conformidad con la expresada Ley del Medio Ambiente<sup>76</sup>, es forzoso considerar legitimados para ejercitar las acciones correspondientes ante los tribunales no solo a las personas o entidades perjudicadas, sino adicionalmente a la Fiscalía General de la República y al propio Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente; supuestos estos en los que no se hace coincidir el titular del derecho sustantivo ejercitado y la parte procesal que lo hace actuar, nueva forma de legitimación introducida por la ley medio-ambiental al establecer, taxativamente, quien es el que puede deducir la correspondiente pretensión procesal. Es así que, con arreglo a lo establecido en la Ley número 83, también de 11 de julio de 1997, “De la Fiscalía General de la República”<sup>77</sup>, le corresponde a ésta ejercer en representación del Estado las acciones judiciales que correspondan conforme a la legislación vigente, en función del interés social, sin perjuicio de las facultades que la propia ley le reconoce para realizar verificaciones fiscales para comprobar el cumplimiento de la Constitución y demás disposiciones legales, con un carácter eminentemente preventivo y asegurador de la observancia de la legalidad, de incuestionable trascendencia al ordenamiento medio-ambiental.

Esto aun cuando no deja de estar por resolver de forma concordante en la preceptiva procesal de las expresadas

salas de justicia, no deja de conectar, sin embargo, con la experiencia asumida de los procesos de oficio en los marcos del arbitraje estatal, en estado de latencia en la vigente norma procesal. Otro tanto cabría afirmar, con sus matices, respecto a las acciones ejercitables por el CITMA, en tanto organismo rector del sistema de protección medio-ambiental. Estas dos puertas de acceso, a su vez, pudieran ser igualmente portadoras de intereses directos de otros actores individuales o colectivos, no reconocidos de forma expresa en la ley, y que pudieran hacer representar sus intereses por éstas instituciones en los procesos ante las Salas de lo Económico de los Tribunales. No es este el caso aún de las medidas cautelares o asegurativas, las que se encontraban fuera del alcance de los órganos de arbitraje estatal y, consiguientemente, de las Salas de lo Económico, aspecto éste de marcada relevancia instrumental en el proceso y de especial significación por la diversidad y alcance de las medidas a adoptar con este carácter en el conflicto ambiental. Es de advertir, sin embargo, que de conformidad con el artículo 72 de la propia Ley número 81<sup>78</sup> “...para asegurar los resultados del proceso o para evitar que se siga causando un daño, se podrán solicitar y adoptar las medidas que franqueen la legislación procesal vigente”, lo cual es posible conectar con el hecho de que en su Disposición Especial Primera; al encomendar a estas salas de justicia el conocimiento de dichos conflictos, indicó que ello habrá de ser de conformidad con lo que establezca el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a quién le estaría dado abrir la posibilidad a esta jurisdicción para acudir, para ello, a las normas procesales contenidas en la Ley número 7 de 1977, “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral”<sup>79</sup>,

como solución transitoria hasta tanto se adoptara la Ley Procesal de las Salas de lo Económico; lo que quedó resuelto mediante el Decreto-Ley número 241 de 26 de Septiembre de 2006, modificativo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, el cual se denominó Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. En cuanto a los medios de prueba, las reglas de procedimiento arbitral en ese entonces, de aplicación por estas Salas, le confirieron un protagonismo importante al Tribunal, sin límites o encerramientos temporales y con amplias facultades para requerir su presentación por las partes o terceros y plena libertad de apreciación, pudiendo analizarlas globalmente, con toda objetividad y criterio racional, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso, sin que quepa atribuir a ninguna prueba valor preestablecido alguno. La carga de la prueba, sin embargo parece requerir un tratamiento especial que, en algunos supuestos, pudieran llevar a su inversión. En lo esencial ello es congruente con el objetivo último, anteriormente de los procesos ante los órganos de arbitraje estatal y actualmente de las Salas de lo económico, que lo era y lo continúa siendo el desarraigo de las verdaderas causas que pudieran haber dado lugar al conflicto, lo cual, en nuestra opinión, ha de ser teleológicamente un objetivo cardinal y orientador de todo proceso medio-ambiental. En el proceso, igualmente, el tribunal tiene la posibilidad de adoptar o disponer determinadas actuaciones preparatorias de la comparecencia comprendida a la de decidir le inclusión de terceros, devolver la demanda en caso de acumulación de acciones para su presentación por separado cuando así resulte aconsejable, citar a las partes para precisar aspectos

concretos del caso o exigir de las mismas declaraciones, escritos y documentos suplementarios y otras pruebas, así como decidir si se cita o no a que declaren en su día funcionarios de entidades que no sean parte en el proceso, o exigir documentos o dictámenes de la misma. Son éstas, actuaciones que a nuestro juicio pueden ser reasumidas en nuestro ordenamiento procesal de lo económico y atemperadas a los requerimientos y particularidades de los procesos del medio ambiente. En un sentido u otro, es lo cierto que las derogadas reglas de procedimiento de aplicación por las Salas de lo Económico en nuestro país, no fueron diseñadas ni concebidas tomando en consideración las exigencias de un proceso medio-ambiental, por lo que, estando justamente inmersos en el procedimiento ordenado mediante el Decreto-Ley 241<sup>80</sup>, tenemos el claro propósito de que puedan contribuir a elevar la ductibilidad, seguridad y eficacia de sus preceptivas en éstos procesos. Es criterio de los autores que se debe pensar que cuando sea constituida la sala que conocerá los conflictos agrarios, será un escenario ideal para insertar los delitos como resultado de la conflitualidad medioambiental.

## Conclusión

La problemática en el incumplimiento de la política en materia de protección al medio ambiente persiste, al no existir una cultura del impacto por los actores principales dentro de la Administración Pública cubana en la macro, meso y micro estructuras de la Administración Pública en relación con la dimensión social del problema.

Dentro del ordenamiento jurídico cubano no existe una normativa sobre la responsabilidad ambiental.

El nuevo órgano de control que se ha encargado para exigir y hacer cumplir lo relacionado con la inacción de los problemas ambientales, es inconstitucional, al no aparecer en la Constitución cubana.

Persiste la falta de una adecuada cultura ambiental respecto al impacto, a pesar de que aun se trabaja por los actores con competencia y jurisdicción en crear una conciencia jurídica ambiental, aun a criterio de los autores no lograda, pues no hay percepción del riesgo.

Es criterio de los autores que la justicia ambiental debe ventilarse en la vía jurisdiccional en los tribunales ambientales, y no en la actual sala de lo económico, de aprobarse esta en la vía judicial.

## Notas

- <sup>1</sup> MANUAL PARA LA FORMACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, pág. 42. Editorial Lex Nova. España. El cual hace referencialmente una explicación pormenorizada en la formación medioambiental, y en particular la auditoría ambiental, como auditoría tipo en la protección medioambiental.
- <sup>2</sup> BRAÑES BALLESTEROS, Dr. Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994, explica (pág. 18) “[... la expresión “medio ambiente” presentaba una cierta redundancia interna, cuando ella fue difundida a partir de 1972 y como una secuela idiomática de la ya histórica Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (celebrada ese año en la ciudad de Estocolmo). En efecto, el centro de interés de esa Conferencia se fue desplazando del “medio humano” (human environment o environnement humain) al “medio” en general (environment o environnement) por lo que se estimó necesario sustituir la expresión española “medio humano” por otra más apropiada. Pero, en vez de sustituirla por “medio” o “ambiente”, se prefirió acuñar

por razones que desconocemos la nueva expresión “medio ambiente”, que en nada contribuía a hacer explícita la idea de “medio” o “ambiente” en general y que, en cambio, se prestaba para las numerosas críticas que se le han hecho...” Sin embargo, reconoce el propio autor que el término ha adquirido “una cierta legitimidad”, que la Real Academia Española le reconoce, y al efecto cita su 20a Edición (1984) en la que “medio ambiente” aparece incorporado como una expresión de la lengua española que denota “el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos” y, por extensión, el “conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc, que rodean a las personas”

- <sup>3</sup> JAQUENOD DE ZOGON, Silvia. En “*El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*” MOPU. España 1989.
- <sup>4</sup> Sin embargo, y con error, dicha Resolución refiere que esta definición se hace “según se establece en la Ley No.33...],” lo cual, como hemos visto, no es así.
- <sup>5</sup> DECRETO - LEYNO.1 de 24/02/1977, (Gaceta Oficial Ordinaria No.6 de 26/02/1977), establece la extensión del Mar Territorial Por su parte el Decreto - Ley No.2 de 24/02/1977,(Gaceta Oficial Ordinaria No.6 de 26/02/1977), define la Zona Económica de la República de Cuba.
- <sup>6</sup> GLOWKA, Lile y otros autores: Persiguiendo el objetivo de destacar el uso sostenible dentro de la conservación, es frecuente utilizar la expresión “conservación y uso sostenible “ de forma tal que ha adquirido vida propia, más no debemos perder de vista que la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica es un elemento esencial cuando a conservación de los mismos nos estamos refiriendo. La conservación ha dejado de ser una actitud contemplativa, pasiva, idílica para convertirse en un concepto que expresa la interrelación constante dinámica, armónica entre el hombre y el medio natural en el cual esta insertado. Si algún motivo podemos ver en el distingo que se ha hecho entre conservación y sus sostenible, lo podemos encontrar en el argumento expuesto por la UICN en su Guía de Convenio sobre la Diversidad Biológica elaborado cuando nos dice “La separación de los conceptos tiene su origen en los deseos de los países en desarrollo que pretendían enfatizar la importancia de utilizar los componentes de la diversidad biológica de una manera sostenible..... estaban particularmente preocupados que el término conservación si se utilizaba en forma independiente podría poner el énfasis en los aspectos vinculados con la preservación “. “*Guía de Convenios sobre la Diversidad Biológica*”, Centro de Derecho Ambiental de la UICN, Programa de la Biodiversidad de la UICN, UICN, 1996, pág. 10.

- 7 MARTINEZ, Eleuterio. Los reinos son moneras, protistas, fungi, plantae y animalia, “*Biodiversidad. Suma total de vida*“, tomo 1, 1997, pág. 35.
- 8 ENGELS, F: “*Introducción a la dialéctica de la naturaleza*”. Obras Escogidas en dos tomos, Tomo 2, págs. 57-58.
- 9 ENGELS, F: obra citada, p. 58. Editora Ciencias Sociales. La Habana. Cuba.
- 10 MARTÍNEZ, Eleuterio. No existe una clara definición de lo que es la vida. obra citada, pág.60.
- 11 DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. España. 2011
- 12 NORMAS TECNICAS AMBIENTALES ISO 14 001. *Sistemas de gestión medioambiental*. Oficina Nacional de Normalización. República de Cuba. La Habana.
- 13 ENGELS, F: obra citada, págs. 60 y 63. Editora Ciencias Sociales. La Habana. Cuba.
- 14 LENIN, V.I.: “*En torno a la dialéctica*”, Obras Escogidas”, Tomo IV, pp. 368-369.
- 15 ENGELS, F: obra citada, p. 58. La Habana. Cuba.
- 16 COSCULLUELA, J.A. “*Cuatro años en la Ciénaga de Zapata*”, p. 212.
- 17 *Ibidem*, p. 205.
- 18 *Ibidem*, p. 212.
- 19 BROWN, Lester, R. “*La situación en el mundo*”, WordwatchInstitute, 1993.
- 20 BRUNDTLAND, G. H. y otros: *Nuestro futuro común*. Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1987, Londres, Oxford UniversityPress, 1990.
- 21 Desde 1998, la Sra. Brundtland es Directora de la UNICEF Sistema de Naciones Unidas.
- 22 *Ibidem* no. 21.
- 23 RODAS MONSALVE, Julio César: “*Fundamentos constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano*”, págs.5 y 6.
- 24 SERIE DE DOCUMENTOS LEGISLATIVOS SOBRE DERECHO AMBIENTAL, PNUMA, 1995, pág. 11. Sistema de Naciones Unidas.
- 25 MARTÍNEZ, Eleuterio: obra citada, pág. 170.
- 26 PILIPENKO, N: “*Dialéctica de lo contingente y lo necesario*“, Editorial Progreso, Moscú, 1986, pág. 179.
- 27 HOLBACH, obra citada, pág. 79. Enciclopedista francés que se anticipó a su tiempo, al señalar la problemática ambiental si el hombre no cumplía las reglas de equilibrio al interactuar con el medio ambiente, donde sus señalamientos están presentes hoy día más que nunca.
- 28 *Ibidem* no. 1 págs. 47-49.



- <sup>29</sup> MCNEILL, John R. "Historia y Teoría" 2003. págs. 5- 43
- <sup>30</sup> *Ibidem* no. 28.
- <sup>31</sup> CUNILL, Pedro. "Variables geo-históricas sociales en los procesos de degradación del uso rural de la tierra en América Latina".
- <sup>32</sup> PITA JIMENEZ, Néstor, Informe de tesis de especialidad en derecho civil y familia. "La inacción en la solución de los conflictos ambientales". Disponible en la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. La Habana. Cuba. Destacado jurista que dedicó muchos años a trabajar en el Tribunal Popular Provincial de Granma, y quien ejerció como Presidente de la sala de lo económico, experto conocedor de la solución de los problemas ambientales a la luz del derecho procesal económico de Cuba y de otros temas relacionados con el trabajo.
- <sup>33</sup> *Ibidem* no. 31.
- <sup>34</sup> *Ibidem* no. 31.
- <sup>35</sup> *Ibidem* no. 31.
- <sup>36</sup> *Ibidem* no. 31.
- <sup>37</sup> Ver dentro del sistema de Naciones Unidas. CEPAL: Comisión Económica para conocer los asuntos de la América Latina, así como el crecimiento en esta materia en esta región del planeta.
- <sup>38</sup> Consultar texto del informe aprobado en la Cumbre de Rio de Janeiro. 1995. Brasil.
- <sup>39</sup> *Ibidem* no. 31.
- <sup>40</sup> *Ibidem* no. 31.
- <sup>41</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA. 1976. Disponible en la página web del Ministerio de Justicia. [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu)
- <sup>42</sup> Ley no. 33, del medio ambiente, derogada por la Ley No. 81, Ley del Medio Ambiente de la República de Cuba. Disponible en el sitio web del Ministerio de Justicia: [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu)
- <sup>43</sup> Consultar normas que establecieron el Sistema de Arbitraje Estatal en Cuba, precedente de la actual sala de los delitos económicos, del Tribunal Popular.
- <sup>44</sup> *Ibidem* no. 46
- <sup>45</sup> PITA JIMENEZ, Néstor, Informe de tesis de especialidad en derecho civil y familia. "La inacción en la solución de los conflictos ambientales". Disponible en la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. La Habana. Cuba. Destacado jurista que dedicó muchos años a trabajar en el Tribunal Popular Provincial de Granma, y quien ejerció como Presidente de la sala de lo económico, experto conocedor de la solución de los problemas ambientales a la luz del derecho procesal económico de Cuba y de otros temas relacionados con el trabajo.

- <sup>46</sup> Ibídem no. 48.
- <sup>47</sup> Lineamientos del Partido Comunista de Cuba. 6to congreso 2011. Publicado por el órgano de prensa del propio partido. 2011
- <sup>48</sup> Conferencia del Partido Comunista de Cuba, publicado por el órgano de prensa cubana del propio partido. 2012.
- <sup>49</sup> PITA JIMENEZ, Néstor, Informe de tesis de especialidad en derecho civil y familia. “La inacción en la solución de los conflictos ambientales”. Disponible en la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. La Habana. Cuba. Destacado jurista que dedicó muchos años a trabajar en el Tribunal Popular Provincial de Granma, y quien ejerció como Presidente de la sala de lo económico, experto conocedor de la solución de los problemas ambientales a la luz del derecho procesal económico de Cuba y de otros temas relacionados con el trabajo.
- <sup>50</sup> Ley No. 81, Ley del Medio Ambiente. Disponible en el sitio web [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), Ministerio de Justicia, República de Cuba.
- <sup>51</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>52</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>53</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>54</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>55</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>56</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>57</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>58</sup> Ley No. 59, Código civil, el mismo establece la responsabilidad civil en relación con la exigencia de la responsabilidad medioambiental a los actores involucrados dentro del ordenamiento jurídico cubano.
- <sup>59</sup> Ibídem no. 52.
- <sup>60</sup> Ley número 81, Ley del medio ambiente, donde se establece que el órgano de la Administración Pública con competencia y jurisdicción en materia medioambiental es el Ministerio de Ciencias, Tecnología y medio ambiente, sustituyendo a las disposiciones de la derogada Ley número 33.
- <sup>61</sup> Disposición jurídica que entra a proteger el bien jurídico ambiental, establecidas por la Administración Pública del estado cubano, complementando las regulaciones dispuestas en la Ley marco, Ley no. 81, Ley del medio ambiente.
- <sup>62</sup> Ibídem no. 64.
- <sup>63</sup> Ibídem no. 64.
- <sup>64</sup> PITA JIMENEZ, Néstor, Informe de tesis de especialidad en derecho civil y familia. “La inacción en la solución de los conflictos ambientales”. Disponible en la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. La Habana.

Cuba. Destacado jurista que dedicó muchos años a trabajar en el Tribunal Popular Provincial de Granma, y quien ejerció como Presidente de la sala de lo económico, experto conocedor de la solución de los problemas ambientales a la luz del derecho procesal económico de Cuba y de otros temas relacionados con el trabajo.

<sup>65</sup> *Ibidem* no. 67.

<sup>66</sup> *Ibidem* número 67.

<sup>67</sup> *Ibidem* no. 69.

<sup>68</sup> *Ibidem* no. 69.

<sup>69</sup> Norma jurídico administrativa que dispone dentro del territorio nacional en el órgano con encargo estatal (CITMA), la inspección estatal en materia medioambiental. La que se ejecuta según cronograma de trabajo anual en relación con la problemática ambiental existente.

<sup>70</sup> *Ibidem* número 73.

<sup>71</sup> Datos obtenidos en la Delegación Territorial del CITMA Granma, en fecha 3 de noviembre de 2011. Por parte de la oficina de gestión ambiental, donde se ejecutan las inspecciones ambientales territoriales.

<sup>72</sup> *Ibidem* no. 76

<sup>73</sup> Científico de origen alemán, quien realizara estudios en materia medioambiental en Cuba, quien por sus resultados fue catalogado como el segundo descubridor de Cuba.

<sup>74</sup> Científico cubano de prestigio internacional, dedicado en su vida a la investigación y protección del medio ambiente, quien trabajó en el CITMA, organismo de la Administración Pública cubana dedicado a la protección del medio ambiente.

<sup>75</sup> PITA JIMENEZ, Néstor, Informe de tesis de especialidad en derecho civil y familia. “La inacción en la solución de los conflictos ambientales”. Disponible en la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. La Habana. Cuba. Destacado jurista que dedicó muchos años a trabajar en el Tribunal Popular Provincial de Granma, y quien ejerció como Presidente de la sala de lo económico, experto conocedor de la solución de los problemas ambientales a la luz del derecho procesal económico de Cuba y de otros temas relacionados con el trabajo.

<sup>76</sup> *Ibidem* no. 89

<sup>77</sup> *Ibidem* no. 89

<sup>78</sup> *Ibidem* no. 88

<sup>79</sup> PITA JIMENEZ, Néstor, Informe de tesis de especialidad en derecho civil y familia. “La inacción en la solución de los conflictos ambientales”. Disponible en la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. La Habana.

Cuba. Destacado jurista que dedicó muchos años a trabajar en el Tribunal Popular Provincial de Granma, y quien ejerció como Presidente de la sala de lo económico, experto conocedor de la solución de los problemas ambientales a la luz del derecho procesal económico de Cuba y de otros temas relacionados con el trabajo.

<sup>80</sup> Ibídem no. 93.

## Referencias

BOLAÑOS, Federico. *Impacto biológico, problema ambiental contemporáneo*. Instituto de Biología. 1990. La Habana. Cuba.

BRAÑES. Raúl. Memorias del Seminario/Taller: Solución de conflictos ambientales en la vía judicial. Edición CITMA-Universidad de Tulano. México D. F. Mayo 9-11 2000.

BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994

\_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Edición CITMA. 2000. Ciudad de La Habana.

BROWN, Lester, R. “*La situación en el mundo*”, WordwatchInstitute, [s.l, s.e], 1993.

BRUNDTLAND, G. H. y otros: *Nuestro futuro común*. Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1987, Londres, Oxford UniversityPress, 1990.

CASTRO RUZ, Fidel. *La injustificable destrucción al medio ambiente*. Reflexiones. La Habana. Cuba. Diciembre 15 de 2008.

CUBA: Medio Ambiente y Desarrollo. La Habana. Cuba. 1995. CITMA.

COLECTIVO DE AUTORES. Temas de Derecho Adminis-

trativo. Editora Félix Valera.2002. Universidad de La Habana.

COLECTIVO DE AUTORES. Derecho Ambiental Cubano. Editorial Félix Varela. 2002. La Habana. Cuba.

COLECTIVO DE AUTORES: Higiene del Medio. Texto Básico, tomo II. Editorial Revolución. 1987. Cuba. Capítulo Medio Ambiente y la Inspección Sanitaria Estatal.

COLECTIVO DE AUTORES: Módulo de formación ambiental básica: Diversidad biológica y contaminación y gestión de residuos. Manejo sostenible de suelos. Ordenamiento ambiental. Ecosistemas de Manglar. Editora CITMA. 2000. La Habana. Cuba.

COLECTIVO DE AUTORES: Cuba y su Medio Ambiente después del Milenio. Editorial Cesigma. Editorial Científico Técnica. Págs. 70/80.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA. 1976. Disponible en Ministerio de Justicia. [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu). Acceso en 12, 05, 2011.

CITMA-PNUMA: Principales legislaciones ambientales existentes en Cuba. 1995.

CITMA: situación ambiental cubana.2011- 2015.

CRUZ SARDIÑAS, Teresa: Recursos renovables y no renovables y del patrimonio cultural. CITMA. La Habana. Cuba. 1995.

\_\_\_\_\_. Marco político. Institucional y jurídico de la protección de los recursos marinos en Cuba. La Habana. 1997. La Habana. Cuba.

DECRETO - LEYNO.1 de 24/02/1977, (Gaceta Oficial Ordinaria No.6 de 26/02/1977),

Decreto Ley No. 99 de 1987 Sistema de Tratamiento a las Contravenciones Personales. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Decreto Ley 200 de las contravenciones en materia ambiental. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.  
Decreto Ley 212 de la Zona costera. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Decreto Ley 241, modificaciones a la LPCALE. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Decreto No. 42, 24 de mayo 1979. Reglamento General de la Empresa Estatal. Editora Ministerio Educación Superior. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Decreto No. 228, 1 de noviembre 1997. Contravenciones personales de las normas presupuesto, control interno, y la contabilidad, Decreto Ley de auditoría, Editora Finanzas al Día, Tomo I y II. Multas. Ministerio de Finanzas y Precios. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

DOCUMENTOS LEGISLATIVOS SOBRE DERECHO AMBIENTAL, PNUMA, 1995, pág. 11. Sistema de Naciones Unidas.

ESTRATEGIA AMBIENTAL NACIONAL. CITMA .Cuba. 2007-2010. 2011-2015. Estrategias territoriales de medio ambiente y ciencia e innovación tecnológica. Granma. 2005-2010. 2011-2015

ENGELS, Federico. *Introducción a la dialéctica de la naturaleza*. Obras Escogidas en dos tomos. Tomo 2. Cuba. Editorial Ciencias Sociales. 1979.

FERNÁNDEZ- RUBIO LEGRÁ, Dr. Ángel: Ley no. 81 en más de 150 preguntas y respuestas. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. 1999.

\_\_\_\_\_. *Legislación: una herramienta*. Editorial Academia. La Habana. Cuba. 1999, p. 13-135.

HERNÁNDEZ TORRES, Vivian: Acciones y propósitos de la actual legislación cubana. CITMA. Noviembre 1995.

GLOWKA, Lile y otros autores. “*Guía de Convenios sobre la Diversidad Biológica*”, Centro de Derecho Ambiental de la UICN, Programa de la Biodiversidad de la UICN, UICN, 1996.

GONZÁLEZ NOVO, Teresita: Cuba su medio ambiente después de medio milenio. Editorial Científico-Técnica. Editora: Instituto del Libro. Cesigma. La Habana. Cuba. 1998. Págs.15/30

Instrucción no. 161 del 2000. TSP. Competencia Sala Económico Tribunal Popular en conocer los conflictos del medio ambientales

Instrucción No. 4/1998 Metodología aplicación de las Contravenciones Personales. Ministerio de Finanzas y Precios.

JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia. “*El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*” MOPU. España 1989.

LEE HARRISON: Manual de Auditoría Medio Ambiental .Higiene y Seguridad. Segunda Edición. EUA. 1998.

LENIN, V.I. “*En torno a la dialéctica*”, Obras Escogidas”, Tomo IV, [s.l, s.e, s.a].

Ley No. 1, Ley de protección al patrimonio cultural. 1977. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Ley No. 2, Ley de los monumentos nacionales y locales. 04-08-1977. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Ley No. 41, Ley de la salud pública. 13-07-1983. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Ley No. 59, Código Civil, 16 de julio 1987. Editora Ministerio de Justicia.

Ley No. 62, Código Penal, 29 de diciembre, 1987. Editora Ministerio de Justicia.

Ley No. 65, Ley forestal, 1998. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Ley No. 73, Ley del sistema tributario, 1994. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Ley No. 76, Ley de Minas, 1994. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Ley No. 77, Ley de la Inversión Extranjera, 1994. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

Ley No. 107, De la Contraloría General de la República. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba.

MARTINEZ, Eleuterio. Los reinos son moneras, protistas, fungi, plantae y animalia, “*Biodiversidad. Suma total de vida*“, tomo 1. [s.l, s.e, s.a] 1997.

PILIPENKO, N: “*Dialéctica de lo contingente y lo necesario*”, Editorial Progreso, Moscú, 1986.

PITA JIMENEZ, Néstor. “La inacción en la solución de los conflictos ambientales”. Disponible en la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. La Habana. Cuba. [s.a].

Resolución No. 4, 18 junio 2001. Ministerio de auditoría y control. Registro de auditores.

RODAS MONSALVE, Julio César: “*Fundamentos constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano*”, [s.l, s.e, s.a].

VIAMONTES GUILBEAUX, DrC. Eulalia. Compendio de Legislación Ambiental. Tomo I. Editorial Félix Várela. Cuba. 1998.



# A Exploração do trabalho infanto-juvenil e o Direito Penal brasileiro

Artigo recebido em 26/03/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## Frediano José Momesso Teodoro

Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UNIVAP – São José dos Campos-SP e da UNIBR – São Sebastião-SP. Advogado Criminalista militante. Membro jurídico do Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Odontologia – UNESP – São José dos Campos-SP.

## Resumo

Trata-se de uma análise das normas penais criadas ou alteradas nos últimos anos e dos mecanismos instituídos para a repressão à exploração do trabalho,

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

A Exploração do trabalho infanto-juvenil e o Direito Penal brasileiro - pp. 129-170

TEODORO F. J. M.

mais precisamente, do trabalho infanto-juvenil, o que reflete a maior preocupação internacional e nacional em coibir os delitos contra as relações do trabalho que violam diretamente os Direitos Humanos.

## **Palavras-chave**

Exploração do trabalho infanto-juvenil – trabalho escravo – escravidão – condição análoga à de escravo – direitos humanos.

## **Abstract**

This is a review of criminal laws created or changed in recent years and established mechanisms for the repression of labor exploitation, more precisely, the child labor, which reflects the highest international and national concern in curbing crimes against the working relationship that directly violate the Human Rights.

## **Keywords**

Child labor exploitation – slavery labor – slavery – condition analogous to slavery – human rights.

## Sumário

Introdução. 1. Breves antecedentes históricos sobre a repressão à escravidão. 2. Os Métodos de Dissimulação para Perpetração da Escravidão. 3. A Exploração do Trabalho no Brasil. 4. As normas penais incriminadoras da exploração do trabalho na legislação contemporânea. 4.1. Redução a condição análoga à de escravo. 4.1.1. antecedente histórico. 4.1.2. o crime. 4.1.3. a reforma do tipo penal em 2003. 4.2. Exploração sexual e a prostituição infantil. 4.2.1. favorecimento da prostituição. 4.2.2. rufianismo. 4.2.3. tráfico de pessoas para fim de exploração sexual. 4.2.4. corrupção de menores. 5. A competência em matéria penal nos crimes de exploração do trabalho. 6. A repressão dos crimes relativos à exploração do trabalho infanto-juvenil no Direito Internacional. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Os programas nacionais e internacionais de defesa e proteção dos direitos do menor, tem tido uma maior preocupação com as ações focadas na proteção das meninas, das crianças abandonadas, das econômica e sexualmente exploradas, inclusive das que são vítimas de pornografia e prostituição infantil, bem como das acometidas por doenças, das refugiadas, das detidas em situação de conflitos armados e das vítimas da fome e da seca. E é imperioso que assim seja.

De acordo com Tratados Internacionais de proteção

dos Direitos Humanos, os direitos da criança devem ser prioritários em todas as atividades realizadas pelas Nações Unidas e pelos países membros.

No Brasil, há um árduo esforço para coibir o trabalho escravo e a exploração do trabalho infanto-juvenil empreendido pela Justiça do Trabalho e pelo Ministério Público do Trabalho, assim como pela fiscalização do trabalho promovida pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Contudo, em sendo observada a prática de conduta definida previamente na lei penal brasileira como crime, competirá ao Ministério Público Estadual e Federal, com o apoio das Polícias Civil e Federal, a devida proposição de ações penais. Vale dizer, as ações repressivas não se limitam apenas aos poderes atuantes na esfera das relações do trabalho, mas alcançam o Ministério Público e os órgãos da Segurança Pública, os quais podem e devem atuar efetiva e concretamente na repressão aos abusos cometidos pelos exploradores do trabalho infanto-juvenil.

A Exploração do trabalho infanto-juvenil é, decididamente, um *caso de polícia*!

Mesmo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as questões envolvendo crimes contra a organização do trabalho<sup>1</sup>, a disciplina de Direito do Trabalho não pode alhear-se das infrações penais, geradas na relação entre empregador e empregado.

Assim, por esse norte, pretende-se discorrer sobre a responsabilidade penal subjetiva, disposta nas normas penais incriminadoras, próprias da relação laboral, sem, contudo, olvidar-se das normas que incriminam os comportamentos assemelhados, caracterizados pela

relação de submissão entre explorador, o qual sempre busca auferir lucro de forma abusiva, e o explorado, com ênfase na proteção penal à criança e ao adolescente.

Dentre os delitos a seguir apontados, certamente o delito de redução da condição análoga à de escravo é, no cenário das relações de trabalho, o que mais vitima pessoas no Brasil, e conseqüentemente, o que mais vitima as crianças e adolescentes. Em verdade, a submissão de pessoas à condição de escravidão é uma prática observada em todos os cantos do planeta, no decorrer de toda a história da humanidade.

Sendo universal a prática dessa violação atentatória à liberdade física das pessoas, há muito os Estados buscam reprimi-la internamente e em acordos internacionais.

## **1. Breves antecedentes históricos sobre a repressão à escravidão**

O Congresso de Viena, em 1815, foi, em sua época, o mais importante tratado internacional contra a escravidão. Foi o primeiro grande passo dos líderes europeus no sentido de se exterminar esta prática desumana e degradante em benefício da dignidade dos trabalhadores. Evidentemente, à época, a repressão europeia à escravidão tinha contornos econômicos, a despeito do discurso humanista a ecoar pelas praças.

Nas últimas décadas do século XIX, no Brasil, houve um forte movimento contra a escravidão, seguindo, naturalmente, a tendência europeia, que era de repressão à política escravista. A Lei do Ventre Livre foi um reflexo

das mudanças. Com ela o governo brasileiro passou a intervir na organização das relações de trabalho, buscando converter o trabalho escravo em trabalho livre, de forma lenta e cuidadosa (LAMOUNIER, 1992, p.109).

Em 1878 foi aprovada na Câmara dos Deputados a Lei de Locação de Serviços (*Lei Sinimbu*). Criada por Nabuco de Araújo, grande estadista na época, esta lei regulamentava detalhadamente os contratos de trabalhos agropecuários entre fazendeiros e trabalhadores libertos, nacionais e imigrantes estrangeiros. Era uma verdadeira lei de trabalhos forçados, com cláusulas abusivas cujo teor tornava os trabalhadores servos vitalícios. Esta lei foi considerada liberal, pois em comparação à lei de 1837, as penas de prisão previstas aos empregados que desistiam do serviço eram mais brandas. Desde o momento em que o colono imigrante deixava sua terra natal, já se endividava com o fazendeiro, o qual arcava com o custo da viagem intercontinental. Chegando ao Brasil, o colono recebia uma casa, um cavalo, uma vaca e uma porção da plantação de café. Assim, tornava-se eternamente sujeito ao fazendeiro, pois jamais conseguia pagar pelo que recebeu (LAMOUNIER, 1992, *passim*).

Enquanto o fazendeiro, locatário dos serviços, tinha todos os privilégios com relação ao contrato, o locador, isto é, o colono, podia ser despedido por justa causa pelos seguintes motivos: doença; condenação à prisão; embriaguez habitual; injúria à segurança, à honra ou à fazenda do locatário, à mulher, aos filhos ou familiares do fazendeiro; e imperícia.

Se demitido, o locador era obrigado a indenizar o fazendeiro por todos os gastos. A inadimplência era

apenada com prisão e com trabalhos em obras públicas até o pagamento da dívida. Caso o locador abandonasse o serviço antes do cumprimento do contrato, era condenado a pagar em dobro a dívida, ou trabalhar para o fazendeiro até sua quitação (LAMOUNIER, 1992, p.65).

O medo dos brasileiros livres era, com a abolição da escravidão, ver milhões de negros livres vadiando pelas ruas das cidades. Assim, as leis criadas na época buscavam manter os negros nas fazendas mesmo depois de libertos e atrair europeus como mão de obra barata, pois, além de sujeitarem estes a uma escravidão maquiada, os grandes produtores brasileiros procuravam o “*branqueamento*” da nação (LAMOUNIER, 1992, *passim*).

Esse medo sentido em relação aos escravos era proveniente de um antagonismo existente entre senhores e escravos, alimentado por séculos, conforme narra Agostinho Marques Perdigão Malheiro. Em todos os países onde havia a escravidão, o escravo não era só reputado um *inimigo doméstico*, na iminência de rebelar-se, mas também um *inimigo público*, haja vista as inúmeras insurreições e levantes de escravos por toda a história pátria. Diferentemente dos índios, sempre muito resistentes à opressão, os escravos africanos mantêm-se em sociedade como um vulcão prestes a explodir (1866, p. 32-33).

Observe-se que, à época de Malheiro, o Código Criminal previa, em seu artigo 113, a insurreição como crime punido com a morte. De acordo com o referido artigo, o crime seria cometido com a reunião de vinte ou mais escravos com intuito de buscarem a liberdade por meio da força. Aos líderes do levante a pena era capital, ainda que estes fossem pessoas livres, e aos demais integrantes, a pena prevista era a de galês.

Pelo Código Criminal de 1830, somente era considerado crime a redução de pessoa livre à escravidão, jamais de escravos, uma vez que estes eram tidos como coisas e não como sujeitos. Não obstante, em relação às leis penais o escravo era considerado pessoa na acepção lata do termo, podendo responder pessoal e diretamente pelos delitos que cometia.

Em 1926, a Sociedade das Nações, criada em 1919, adotou uma Convenção sobre a Escravidão. Esta Convenção definiu a escravidão como “estado ou condição do indivíduo sobre o qual se exercitam os atributos do direito de propriedade ou algum deles”. Em 1930, a Organização Mundial do Trabalho – OIT estabeleceu a Convenção n.º 29 sobre Trabalho Forçado; também da OIT, a Convenção n.º 107, de 1957, dispõe sobre Trabalho Forçado, além de cuidar de temas referentes às populações Indígenas e Tribais; e a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais n.º 169, de 1989.

Ao final da 2.<sup>a</sup> Grande Guerra, foi instituída a Carta das Nações Unidas, documento considerado o marco inicial da organização internacional, chamada Nações Unidas. Nessa Carta havia a determinação que se elaborasse uma declaração de proteção aos direitos humanos. Assim, em 1948, foi apresentada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e nesse documento de enaltecimento aos direitos civis e políticos está disposto, em seu artigo 4.º: “*ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos são proibidos em todas as formas*”.

Em 1956 foi adotada uma convenção suplementar ampliando o conceito de trabalho forçado, sendo a este incluído “*as instituições e práticas análogas à escravidão de*



1926”, como a servidão da gleba, a servidão por dívida, as formas servis de casamento, exploração da prostituição, exploração de crianças e adolescentes (CASTILHO, 1999, p. 83).

O Brasil é signatário da Convenção Internacional Relativa à Escravidão, de 1953, da Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 1956, e das Convenções n.º 29, de 1930, e n.º 105, de 1957, ambas da OIT (Decreto Legislativos n.º 24/56, 30/65 e 66/65).

A Convenção n.º 29, de 1930, obriga os Estados a suprimir todas as formas de trabalhos forçados, excetuando o serviço militar, os realizados por presidiários e os trabalhos comunitários. Já a Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura de 1956 institui como *servidão por dívida* a circunstância em que o devedor oferece, em garantia da dívida, serviços pessoais, nos casos em que o valor desses serviços, a sua natureza e a sua duração não são previamente estipulados; como *servidão*, a situação em que pessoa é obrigada por lei, costume ou acordo a viver e trabalhar para outrem, sem poder mudar essa condição; e como *condições análogas à escravidão* a condição da a) mulher prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie, entregue por seus pais, tutor ou família a outra pessoa ou grupo de pessoas; b) mulher cedida por marido a outrem, a título oneroso ou gratuitamente; c) mulher transmitida a outrem por sucessão, após morte do marido; d) criança ou adolescente menor de 18 anos entregue por seus pais, ou por seu tutor a terceiro, mediante remuneração ou não, para ser submetida a trabalho (CASTILHO, 1999, p. 84-85).

O Conselho Econômico e Social da ONU criou um grupo de trabalho encarregado de examinar todas as formas contemporâneas de escravidão e, desde então, vem atuando junto aos Estados membros para a utópica erradicação da escravidão. Em 02 dezembro de 2010, o Secretário Geral da ONU, Ban Ki-moon, em mensagem do Dia Internacional para a Erradicação da Escravidão, instou os países a aplicarem os instrumentos jurídicos para a repressão desse flagelo.<sup>2</sup>

## 2. Os Métodos de Dissimulação para Perpetração da Escravidão

Apesar de a ONU e os países membros envidarem insistentemente esforços para impedir que pessoas sejam mantidas em escravidão ou servidão, ainda hoje, milhões de pessoas em todo o mundo continuam sujeitas aos trabalhos forçados e a condições análogas à escravidão.

São inúmeras as formas de dissimular a prática da escravidão, atrair trabalhadores, impedi-los de deixar o local do trabalho e ludibriar as autoridades de fiscalização. Porém, existem algumas de maior utilização, que vêm sendo trazidas do passado e empregadas até os dias de hoje.

No século XIX, os colonos vindos ao Brasil tinham a passagem de Hamburgo a Santos paga. Chegando aqui recebiam, como já mencionado, a casa, um cavalo, uma vaca, uma porção de terra para plantar e uma gleba da plantação de café para cuidar. Segundo o contrato, o colono trabalharia até pagar pelo que foi recebido. Se investisse na plantação diminuiria sua dívida. Ao chegarem ao Brasil, os fazendeiros muitas vezes faziam outros tipos de exigência

como: trabalhar com outra plantação diferente do café; não poder trabalhar fora; ser proibido de plantar seus alimentos entre os cafezais; pagar caro pelos alimentos comprados na própria fazenda; pagar multas por desobediência; pagar alugueres da casa e da terra etc. Todos estes abusos eram previstos em lei.

Um exemplo de norma eivada de injustiça é o Decreto de julho de 1870 (Contrato de Trabalho com os chineses). Eles trabalhavam dez horas diárias; tinham o salário suspenso por interrupção do trabalho; não podiam reclamar do salário, mesmo que fosse mais baixo que o de outros trabalhadores; deviam indenizar o fazendeiro, caso rescindissem o contrato; eram alugados pelo patrão para trabalharem em outras fazendas; deveriam ser fortes, robustos e com menos de quarenta e cinco anos (LAMOUNIER, 1992, p. 139).

Nos dias de hoje ainda se observa um quadro muito semelhante a esse do passado. Um claro exemplo é o da *servidão por dívida*, largamente empregada em toda a América Latina, sendo suas vítimas prediletas os indivíduos com as mais remotas oportunidades no mercado de trabalho, como os pobres, os analfabetos etc.

Nesse sistema, é oferecido um adiantamento de salário ao trabalhador, o qual é levado a localidades centenas ou até milhares de quilômetros de distância. Lá, deverá pagar pelo alimento, moradia, ferramentas, além de pagarem multas por trabalhos *deficientes*. Desse modo, cria-se uma dívida impossível de ser paga. Segundo João Carlos Alexim, a Organização Internacional do Trabalho registrou dívidas, obrigando a escravidão a oito gerações de uma família (1999, p. 44).

Geralmente os locais de trabalho são extremamente

distantes e de acesso precário. Tanto as vítimas como os fiscais costumam ser ameaçados por capangas contratados, os quais costumam caçar os trabalhadores fugitivos, não raro com a ajuda da polícia da região (VILELA e CUNHA, 1999, p. 38). Existem casos em que a servidão é mantida pela simples falta de transporte para se deixar o local. As vítimas que chegam a ser resgatadas dessas condições por policiais ou fiscais, acabam retornando ao local por completa falta de oportunidade de trabalho. João Carlos Alexim traz da Índia a idéia de recursos dados as famílias resgatadas, como bônus ou bolsas, por tempo limitado, até que elas se estabeleçam em outro trabalho (ALEXIM, 1999, p. 45).

Além da falta de apoio do governo às vítimas resgatadas dos campos de trabalho, especialistas apontam a paralisia do Judiciário como outro grande obstáculo no combate ao trabalho escravo, visto que são raras as vezes em que os responsáveis por tais práticas acabam condenados.

São muitos os envolvidos com trabalho escravo. O aliciador de mão de obra, denominado *gato*, desloca-se para outras regiões para trazer os trabalhadores, os quais ficarão hospedados em hotéis ou pensões até que se reúna um número necessário deles. Este crime envolve fazendeiros, pistoleiros, proprietários de hotéis, madeireiros, comerciantes e os proprietários de meios de transporte. Todos os personagens, desde o *gato*, até o proprietário dos estabelecimentos de hospedagens, bem como os motoristas que transportam os trabalhadores, têm pleno conhecimento das violações às quais se submetem as vítimas.

O Brasil foi alvo de reclamações junto a Comissão de Aplicação de Normas da OIT, em 1996, quando foram

identificados milhões de trabalhadores sujeitos ao trabalho escravo, muitos deles, menores de 18 anos.

Nesse lastimável cenário de exposição a uma infinidade de abusos, somente no ano de 2008 foram vitimadas 176 milhões de crianças e adolescentes em todo o mundo.<sup>3</sup> Manifestamente, as crianças e adolescentes são os mais vulnerados no que tange a exploração do trabalho, pois muitas das vezes, os próprios pais ou representantes legais são seus algozes.

### 3. A Exploração do Trabalho no Brasil

O maior foco de incidência de trabalho escravo no Brasil é na região amazônica. Provavelmente, devido à política de ocupação daquela região, impulsionada pelo governo federal, implementada sem a direta fiscalização estatal.

Em 1970, dom Casaldáliga, bispo de São Felix do Araguaia – MT, trouxe à tona a discussão sobre esta prática delituosa, ao denunciar fatos ocorridos com pessoas de sua diocese. A maioria dos casos era de servidão por dívida, com vários relatos de emprego de violência e até morte contra os trabalhadores que tentavam fugir. A escravidão estava e ainda está relacionada com empresas modernas, sendo na agropecuária e na derrubada de árvores a sua maior incidência (VILELA e CUNHA, 1999. p. 35).

Em 14 de dezembro de 2003, o jornal Correio Braziliense denunciou que o Ministério do Trabalho havia libertado, nos últimos oito anos, mais de 29.587 trabalhadores em regime de escravidão, em seis Estados, para justificar a edição deste diploma legal. Desse

total, 11.800 teriam voltado à escravidão por falta de oportunidade de emprego, com um índice de reincidência em 40%, em alguns Estados (CAMPBELL, 2003, p. 16-17).

No enfrentamento do grande desafio de repressão ao trabalho escravo, o governo federal criou o Grupo Especial de Fiscalização Móvel no Combate ao Trabalho Escravo, em 1995, o qual atua em parceria com o IBAMA, FUNAI, Polícia Federal e Ministério Público. O grupo de fiscalização é a *longa manus* do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF). Este, por sua vez, é subordinado à Câmara de Política Social do Conselho do Governo. O GERTRAF é composto por representantes de vários ministérios, entre eles: Ministério da Justiça, do Meio Ambiente, da Agricultura e do Abastecimento, da Previdência e assistência Social, entre outros órgãos do governo, e coordenado pelo Ministério do Trabalho.<sup>4</sup>

Segundo recentes dados publicados sobre Trabalho Infantil, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), de 2009, a inclusão ou permanência de crianças e adolescentes na população estudantil pode ser impedida ou dificultada pelo seu envolvimento em atividade econômica, apesar de ter sido constatada uma redução no número de crianças e adolescentes com ocupação. De acordo com esses dados, em 2009, havia 4,3 milhões de trabalhadores com idade entre 5 e 17 anos. Dessas, 34,6% estavam em atividade agrícola e 9,4% produziam para o próprio consumo ou na construção para uso próprio. As crianças trabalhadoras representam cerca de 6,6% da população de 5 a 15 anos de idade, que soma 37,9 milhões, sendo que a atividade agrícola ocupa um número ligeiramente maior de crianças do que a não-agrícola (1,27 milhões contra 1,23 milhões).<sup>5</sup>

Nos dados levantados em 2001, constatou-se que das crianças de 5 a 9 anos de idade que trabalham, 92% o fazem sem contrapartida de remuneração, sendo 72,3% não remuneradas e 19,7% trabalhadoras na produção do próprio consumo ou na construção para o próprio uso. Esse número reduz na faixa etária de 10 a 14 anos, no qual 67,1% não são remunerados. E a proporção de crianças e adolescentes envolvidas em trabalho sem contrapartida de remuneração em atividade agrícola (83,5%) foi muito superior àquela verificada em atividade não-agrícola (21,8%).<sup>6</sup>

Mesmo entre as crianças e adolescentes que recebem alguma remuneração, o quadro não é muito otimista. Segundo os dados do IBGE, as crianças e adolescentes ocupadas que recebiam remuneração pelo seu trabalho estavam mais concentradas nas faixas de rendimento menores. Entre os ocupados com rendimento do trabalho principal somente 0,4% ganhavam mais de 3 salários mínimos de remuneração mensal, sendo que 41,5% auferiam até 1/2 salário mínimo e 35,5%, de mais de 1/2 a 1 salário mínimo. Cerca da metade das crianças e adolescentes, ocupados no período pesquisado, utilizavam produto químico, máquina, ferramenta ou instrumento no trabalho. Esta parcela foi maior entre aqueles que trabalhavam em atividade agrícola. A atividade agrícola absorveu 43,4% das crianças e adolescentes ocupados. Este percentual ficou em 75,9% no grupo de 5 a 9 anos de idade, 56,0% no de 10 a 14 anos de idade, e 32,9% no de 15 a 17 anos de idade.<sup>7</sup>

Ainda hoje, a incessante prática dos crimes de exploração segue vitimando um número incalculável de crianças e adolescentes, conforme noticiado frequentemente

pelo Ministério do Trabalho e Emprego.<sup>8</sup> Só em 2010, a divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo – DETRAE inspecionou 309 estabelecimentos, resgatando 2.628 trabalhadores.<sup>9</sup> Em 2011, foram 2.271 trabalhadores encontrados em situação degradante.<sup>10</sup> No atual Cadastro de Empregadores (Portaria n.º 540/04), a famigerada *Lista Suja*, publicada no sítio do Ministério do Trabalho e Emprego, em janeiro de 2012, estão inseridos 294 empregadores, entre pessoas físicas e jurídicas, que cometeram infrações contra trabalhadores. Entre os infratores estão, na maioria, fazendas, mas há também carvoarias.

O grupo de fiscalização do Ministério do Trabalho tem encontrado indígenas em usinas de cana de açúcar, além de bolivianos e peruanos escravizados em oficinas de confecção na capital paulista. Em agosto de 2011, fiscais do Ministério do Trabalho libertaram 15 pessoas, entre elas um adolescente de 14 anos, de oficinas subcontratadas da fabricante de roupas espanhola *Zara*, todos submetidos à carga excessiva de trabalho e impedidos de deixar o local, o que configura o regime análogo ao de escravidão.<sup>11</sup>

#### 4. As normas penais incriminadoras da exploração do trabalho na legislação contemporânea

##### *4.1 Redução a condição análoga à de escravo*

O Direito Penal pátrio é muito abrangente no que tange à repressão das várias formas de exploração do trabalho e exploração do trabalho infanto-juvenil. Tanto no Código Penal como na legislação penal extravagante

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

A Exploração do trabalho infanto-juvenil e o Direito Penal brasileiro - pp. 129-170

TEODORO F. J. M.



estão dispostos tipos penais, os quais alcançam diversas condutas atentatórias à liberdade física e a dignidade do trabalhador.

Dentre os mais expressivos está o crime de *redução a condição análoga à de escravo*, previsto no art. 149 do Código Penal.

#### 4.1.1 Antecedente histórico

*Plagium* era o nome dado pelo Direito Romano para o crime de escravização de homens livres, assim como a compra e venda de escravo alheio. Na Idade Média o conceito ampliou-se e o *plagium* passou a representar não somente o furto de escravos, como também o rapto de homens e crianças *non libidinis causa* (HUNGRIA, 1958, p. 198).

No Brasil, o Código Criminal do Império, de 1830, à época um país com economia escravocrata, previa apenas como crime o ato de reduzir à escravidão pessoa livre, de modo que os escravos negros não podiam ser reconhecidos como vítimas. O Código Penal republicano, de 1890, não previu essa figura criminosa, a qual foi ressurgir apenas no Código Penal de 1940.

#### 4.1.2 O crime

O preceito primário do art. 149, do Código Penal assim descreve:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes

de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Neste crime, em sua forma simples, a pena varia de 2 a 8 anos de reclusão, além da pena cumulativa de multa e da pena correspondente à violência, se houver. Nessas penas também incorrem quem cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, ou quem mantém vigilância ostensiva no local de trabalho, ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Em quaisquer dessas formas de praticar o delito haverá aumento da metade da pena, se o crime for cometido contra criança ou adolescente, ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Essa é uma figura criminosa peculiar pelo fato de ser prevista como um Crime Contra a Liberdade Pessoal e não como Crime Contra a Organização do Trabalho. Isso é consequência do entendimento do legislador em adotar como predominante o bem jurídico da liberdade sobre os demais bens jurídicos lesados nesse comportamento criminoso. Assim, o disposto no referido art. 149 tem como função primária proteger a liberdade física da pessoa e a dignidade do trabalhador e como função secundária protege os direitos sociais trabalhistas.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, a redução à condição análoga à de escravo, além de privar o trabalhador de sua liberdade, priva-o de seus valores ético-sociais, reduzindo-o a condição de coisa, atingindo

diretamente sua dignidade, vale enfim, seu amor próprio, seu orgulho pessoal (v. 2, 2008, p. 387).

O crime consuma-se quando uma pessoa passa a ser subjugada à outra, permanece à mercê da outra, por tempo juridicamente relevante, devendo haver entre elas uma relação de trabalho. Portanto o sujeito ativo de crime será o empregador ou seu preposto, ou qualquer pessoa que atue em nome daquele, abrangendo assim todos os que, em nome do empregador, submetem o empregado ao trabalho excessivo ou degradante ou que restringem sua locomoção, seja cerceando o meio de transporte, seja mantendo vigilância ostensiva. No mesmo sentido, a restrição de locomoção deve-se dar de modo a impossibilitar a vítima de deixar o local de trabalho, durante um período juridicamente relevante.

O ato para se tornar criminoso prescinde da discordância ou reprovação da vítima. Seu consentimento é irrelevante, segundo o jurista italiano, Eugenio Florian, pois se trata de

completa alienação da própria liberdade, do aniquilamento da personalidade humana, da plena renúncia de si: coisa que se contrapõe aos escopos da civilização e do direito e, ao qual o ordenamento jurídico não pode prestar o apoio da própria aprovação. (apud DELMANTO, 1958, p. 433)

Todavia, é forçoso recordar a lição de Nelson Hungria, segundo a qual a vítima não é submetida à escravidão, que é um conceito jurídico a pressupor o domínio de um indivíduo sobre o outro. Na condição

*análoga à de escravo*, a vítima mantém seu *status libertatis* de direito, mas não de fato, pois este lhe é diminuído quase que integralmente pelo empregador (1958, p. 199-200). O autor ainda aponta curiosas observações formuladas por Jorge Severiano, em sua doutrina penal de 1942, e por Bento de Faria, em doutrina de 1943, visto que, à época, estes autores entendiam como remota a ocorrência do crime de redução a condição análoga à de escravo. Conforme pensamento de Severiano: “*diz-se que no Amazonas, nos seringais, coisa semelhante ocorria*”; enquanto Bento de Faria afirmava: “*tenho em mim que esse dispositivo é de pura ornamentação, pois rarissimamente será aplicável*” (HUNGRIA, 1958, p. 200).

Pareciam distantes da cruel realidade os citados doutrinadores, haja vista os esforços que ainda são empreendidos no séc. XXI para prevenir e reprimir o trabalho escravo em todo o mundo.

Tem-se, assim, como crime o ato de: a) submeter a pessoa a trabalhos forçados ou jornada exaustiva; b) sujeitá-la a condições degradantes de trabalho; c) restringir-lhe a locomoção em razão de dívida contraída com o empregador. E essa restrição da locomoção pode ser alcançada, cerceando ao trabalhador meio de transporte, mantendo vigilância ostensiva no local de trabalho ou apoderando-se de documentos ou objetos do trabalhador.

#### *4.1.3 A reforma do tipo penal em 2003*

A partir da vigência da Lei 10.803/03, o art. 149, do Código Penal passou a considerar como sujeito passivo do crime apenas quem tivesse algum vínculo trabalhista com o sujeito ativo.

Conforme preleciona Cezar Roberto Bitencourt, somente será vítima do crime quem se encontrar na condição de contratado, empregado, empreiteiro, operário, enfim, trabalhador do sujeito ativo, caso contrário, não sendo observada a referida relação de trabalho, mesmo havendo restrição da liberdade física, deverá ser procurado um enquadramento em outro tipo penal (v.2, 2008, p. 389). O citado autor acredita que essa alteração no tipo penal é proveniente de uma reforma legislativa de ocasião, comprovando que o legislador sempre legisla em cima de casos concretos, bastando acontecer um fato de repercussão midiático para que, imediatamente, já se apresente um projeto de lei. Leis que independentemente da qualidade, conveniência e oportunidade, proliferam no parlamento (BITENCOURT, v. 2, 2008, p. 393). Para ele, essa tendência de se legislar sob o impulso do “*clamor público*”, é um fenômeno que, segundo o próprio Bitencourt, tomou corpo na era do *fernandismo* – período correspondente aos governos de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso – pois desde o início da década de 1990 houve uma inflação legislativa de novas figuras criminosas.

Os representantes e governantes têm entendido ser mais conveniente a edição de novas leis penais e o agravamento das penas, como medida de controle social, ao invés da implementação de políticas públicas. É o que Winfried Hassemer chama de *Direito Penal Funcional*, ao reconhecer que “*o venerável princípio da subsidiariedade ou da última ratio do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como sola ratio ou prima ratio na solução social de conflitos*” (apud BITENCOURT, v. 1, 2008, p. 14).

A Lei 10.803/03 alterou radicalmente o tipo penal do art. 149, do Código Penal. O texto anterior definia apenas a conduta de *reduzir alguém à condição análoga à de escravo*, embora excessivamente aberta, desenhava um crime comum, quanto ao sujeito, e de forma livre quanto à sua execução.

Pretendendo ampliar a sua abrangência e reforçar a proteção penal dos bens jurídicos tutelados, a referida lei explicitou meios e formas pelos quais o crime deve ser praticado. Contudo, o resultado da reforma contraria as pretensões do legislador, na medida em que restringe o alcance do dispositivo. *Crime comum* que era, não exigindo qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo, foi transformado em *crime próprio*, exigindo uma relação ou um vínculo trabalhista entre vítima e autor e, dessa forma, passando a exigir uma qualidade especial do agente para que a conduta seja configurada como delito.

Da mesma forma, o modo de execução foi alterado, pois antes da reforma era um *crime de ação livre*, e agora, a norma penal descreve formas específicas de praticá-lo, transformando-o em *crime de ação vinculada*.

Assemelha-se a crime ora tratado, o crime de *frustração de direito assegurado pela lei trabalhista*, previsto no art. 203, do mesmo Estatuto Penal, tipificando o ato de obrigar o empregado a comprar mercadoria em determinado estabelecimento, para prendê-lo pela dívida; ou impedir o desligamento do trabalho por coação ou retenção de documentos.

A pena prevista para este delito é de detenção de 1 a 2 anos, além de pena correspondente à violência, se houver. Havendo uma causa de aumento de 1/6 a 1/3 caso a vítima

menor de 18 anos. O aumento da pena é justificado pelo fato de o menor de 18 anos ser menos capaz de suportar as privações, bem como, ser mais suscetível a traumas, além de ser fragilizado pela pouca experiência nas relações interpessoais, sendo mais facilmente manipulado e iludido.

#### 4.2 Exploração sexual e a prostituição infantil

Sobre os crimes contra a dignidade sexual, é cediço que nem todos os atos criminosos são observáveis nas relações de trabalho entre a vítima e o algoz, assim, neste tópico, serão abordadas apenas algumas das normas penais incriminadoras que não escapam ao tema do presente estudo.

Sendo assim, a prostituição deve ser considerada uma atividade profissional e, desse modo, a sua exploração merece espaço nestes comentários, pois esta forma de opressão vitima tanto adultos como crianças e adolescentes. Conforme disposto na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, no endereço eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego, *profissional do sexo* significa garota de programa, garoto de programa, meretriz, prostituta, trabalhador do sexo, e suas atividades são descritas como buscas de programas sexuais, atendimento e acompanhamento de clientes, participação em ações educativas no campo da sexualidade, e essas atividades devem ser exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizem as vulnerabilidades da profissão.<sup>12</sup>

Por essa perspectiva, deve-se apreender que os dispositivos penais, definidores das várias modalidades de exploração sexual, têm como principal escopo a proteção

da dignidade e da liberdade do trabalhador, da dignidade sexual e, mais especificamente, da liberdade sexual, sendo esta o alvedrio da pessoa em escolher o momento, o modo, o lugar e o parceiro para a prática de atos sexuais, satisfazíveis de lascívia.

Em 7 de agosto de 2009, a Lei 12.015 alterou alguns dispositivos do Código Penal e trouxe a figura do *vulnerável*, como sendo a pessoa menor de 14 anos; ou com enfermidade ou deficiência mental; ou aquela que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. A concepção dessa nova categoria de vítima obrigou a criação de um capítulo especial para os crimes sexuais contra o vulnerável, sendo alterados os dispositivos legais sobre os delitos de lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição. Em todas essas inovações, inclusive na criação da figura do vulnerável, percebe-se a preocupação do legislador em impor um rigor maior na punição dos crimes praticados contra os menores de 18 anos.

#### 4.2.1 Favorecimento da prostituição

A palavra prostituição é de procedência latina e é originada das palavras *pro* (antes) e *statuere* (ficar diante de). A expressão é derivada de *prostitutio - onis*, que significa exposição pública, isto é, a exibição das meretrizes como meio de expor a venda o próprio corpo para a satisfação da lascívia dos clientes.

Prostituição é o ato de manter relação sexual com alguém com o intuito de obter em troca qualquer vantagem econômica. Qualquer forma de satisfação da lascívia de outrem em troca de dinheiro ou recompensa, enfim, é o comércio do próprio corpo para fins sexuais.



Já a exploração sexual identifica-se no ato da pessoa que obtém vantagem econômica com a prática sexual de outrem, ou seja, é obtenção de lucro com o exercício da prostituição de terceiros. Assim, o explorador auferir lucro submetendo alguém à prostituição.

A prostituição há muito tempo é uma opção de obtenção de renda tentadora para milhares de garotas que não têm perspectivas de subsistência, tampouco perspectivas em realizar outras atividades profissionais. A falta de educação, somada à miséria e à desestruturação familiar de parte da população brasileira tem levado um número crescente de jovens à prostituição e, conseqüentemente, a serem explorados sexualmente por empresários do sexo, em todo o território nacional.

No Brasil, o ato de prostituir-se não é crime, não sendo reprimido pelo Estado. Contudo, pratica crime a pessoa que explora a prostituição alheia, comercializando este serviço ou sustentando-se por ele. Também incide nas penas previstas para os crimes quem trabalha como gerente ou é, de alguma forma, responsável pelo local onde ocorrem essas práticas. Já a conduta da pessoa que paga pelos serviços de satisfação sexual somente será considerada criminosa, quando a pessoa prostituta for menor de 18 anos.

Até 2009, o Código Penal, ao descrever o favorecimento da prostituição não tratava de forma diferenciada o agente que vitimasse pessoa menor de 18 anos. Com a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, inseriu-se uma nova figura criminosa com punição mais rigorosa para quem submete criança ou adolescente à exploração sexual. Assim, de acordo com o novo artigo 218-B, o favorecimento

de qualquer forma de exploração sexual de menores de 18 anos e de vulneráveis passa a ser punido com reclusão de quatro a dez anos, incorrendo nas mesmas penas quem mantiver relação sexual com o menor submetido a esse tipo de exploração.

Não obstante, o Estatuto da Criança e do Adolescente já prevê, desde o ano 2000, essa mesma conduta criminosa em seu artigo 244-A, de modo que, em virtude do princípio do *tempus regit actum*, crê-se que a norma penal nova tenha revogado tacitamente a norma penal antiga.

Outra mudança a tornar mais enérgica a atuação do Estado na repressão dos delitos de exploração sexual de menores é a alteração desses crimes para a categoria de crimes de ação penal pública, o que obriga ao Estado iniciar a persecução penal do agente infrator independentemente da vontade da vítima ou de seu representante legal. Antes da reforma legal, para que a persecução penal fosse iniciada era necessário o requerimento dos representantes legais do menor vitimado. Com a alteração, a partir da tomada de conhecimento da ocorrência do referido crime, deve o a Autoridade Policial instaurar o inquérito policial e, no momento oportuno, deve o Ministério Público propor a ação penal.

#### 4.2.2 Rufianismo

O delito de rufianismo (art. 230, do Código Penal), que é o ato de tirar proveito de prostituição alheia, participando dos lucros ou fazendo-se sustentar por quem a exerça, é uma das modalidades mais antigas de crime de lenocínio<sup>13</sup>. O rufião pode ser qualquer pessoa, homem ou

mulher, e será punida a sua conduta quando identificado que este compartilha dos lucros obtidos pela pessoa que se prostitui ou vive à custa desta, mesmo que seja por vontade da vítima. Contudo, o delito somente se observa quando há habitualidade, ou seja, quando o agente faz deste seu modo de vida, seu meio de sustento.

Esta modalidade de lenocínio é incriminada principalmente para se coibir a exploração da prostituição, mas não se deve olvidar da necessidade de se proteger a liberdade sexual e a dignidade da pessoa como realizadora de uma atividade profissional. Afinal, a despeito de no Brasil não ser regulamentada, em vários países da América Latina e em alguns países da Europa, a prostituição é legalizada e regulamentada.

O delito de rufianismo, punido com reclusão de um a quatro anos, após a reforma legal de 2009, passou a apresentar uma forma qualificada de crime, com penas de três a seis anos de reclusão, quando a vítima (a pessoa que se prostitui e sustenta o rufião) for menor de 18 e maior de 14 anos. De igual modo, será qualificado quando o delito for praticado por padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador, ou quem assumiu obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da vítima.

#### *4.2.3 Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual*

O tráfico interno e internacional de pessoas para fim de exploração sexual passou a ser uma preocupação global nesse início de séc. XXI. As Nações Unidas promulgaram

um Protocolo Adicional Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, o qual foi inserido em nosso Direito interno pelo Decreto n.º 5.017/04. A definição de tráfico de pessoas, trazida por esse protocolo, influenciou a reforma da legislação penal de 2009, para efeitos de repressão do mencionado crime.

Nesses delitos, não está em jogo apenas a dignidade do trabalhador e a liberdade individual, mas são bens jurídicos igualmente lesados a dignidade sexual, mais especificamente, a liberdade sexual.

O tráfico de pessoas para fim de exploração sexual é a promoção ou a facilitação do deslocamento de pessoas para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, podendo configurar-se em tráfico interno, o qual ocorre dentro do território nacional (art. 231-A, do Código Penal) ou do tráfico internacional, o qual é identificado pela entrada ou saída de pessoas do território nacional para o exercício da prostituição (art. 231, do Código Penal). Também incidindo as penas em quem agenciar, aliciar, transportar ou alojar pessoas que vão ser submetidas à exploração sexual. Para o condenado por quaisquer desses crimes, observa-se um aumento da metade da pena, quando a vítima for menor de 18 anos.

#### *4.2.4 Corrupção de menores*

Outro meio, em que é muito comum se observar a exploração do trabalho infanto-juvenil, é no universo da criminalidade. Em toda a sorte de delitos os menores são empregados, muitas vezes para facilitar a ação e muitas vezes

para que o adulto possa esquivar-se da responsabilidade penal. Muitas vezes os menores são empregados para acessarem locais, onde um adulto não alcançaria em razão de seu tamanho, outras vezes são empregados para ludibriarem a vítima e, outras ainda, são aproveitados para servirem de isca e assim facilitarem a ação criminosa.

O delito de corrupção de menores já é previsto em legislação própria desde 1954, com a Lei 2.252, sancionada por Getúlio Vargas, mas que foi revogada pela Lei 12.015/09. Esta reforma legal de 2009 deslocou o tipo penal para o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 244-B, *caput*), definindo como crime o ato de corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com este praticando a infração penal ou induzindo-o a praticá-la. Assim, pela redação do texto legal, percebe-se que este crime pode ser praticado em concurso com qualquer outra infração penal. A nova redação também alcança a corrupção de menores praticada por meios eletrônicos, inclusive em salas de bate-papo na internet (art. 244-B, §1.º).

Entretanto, para o delito de corrupção de menores não houve mudanças nas penas aplicáveis, as quais permanecem de um a quatro anos de reclusão, com exceção dos casos de prática de crimes hediondos, os quais obrigam um aumento da pena em um terço ao corruptor (art. 244-B, § 2.º).

A Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06), também prevê penas mais severas ao agente que tenha envolvido criança ou adolescente na prática do crime de tráfico de drogas, ou na prática dos crimes de associação, de financiamento ou de colaboração como informante ao tráfico de drogas. Da mesma forma, pune-se com rigor a agente que tenha

atingido criança ou adolescente na prática dos referidos delitos. Nesses casos, a pena aplicada pelo delito é aumentada de um sexto a dois terços.

## 5 A competência em matéria penal nos crimes de exploração do trabalho

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela incompetência da Justiça do Trabalho no exercício de jurisdição penal. Quando da votação, pelo Senado Federal, da PEC n.º 29/2000, foi proposta a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, a fim de que esta alcançasse as infrações penais praticadas contra a organização do trabalho ou contra a administração da própria Justiça do Trabalho. Proposta esta não convertida em norma pelo próprio constituinte derivado, e assim mantida pela Suprema Corte, a qual em julgamento de pleno, em 2006, definiu a Justiça Federal como competente para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho<sup>14</sup>, reconhecendo-se todos os delitos como de Ação Penal Pública Incondicionada, ou seja, de repressão obrigatória pelo Estado, sem a necessidade de preenchimento de condições prévias.

Nesse Recurso Extraordinário, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu o seguinte voto:

A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho.

Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça Federal (art. 109, VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo.

Sem embargos, a decisão do STF que reconhece a competência da Justiça Federal, não pode ser considerada um *leading case*, pois o Ministro Cezar Peluzo proferiu voto em 2010, no qual decidiu pela competência da Justiça Estadual.<sup>15</sup>

Em outros julgados, apreende-se que o Supremo Tribunal Federal passa a impor alguns limites à competência jurisdicional federal, ao avigorar que apenas os crimes contra a organização do trabalho (arts. 197 a 207 do Código Penal) a lesarem a ordem pública, econômica ou social e o trabalho coletivo serão alcançados pela jurisdição federal.<sup>16</sup>

Esse posicionamento tem amparo no artigo 109, VI, da Constituição republicana, cuja redação determina ser de competência da justiça federal os crimes praticados contra a organização do trabalho. Contudo, a Suprema

Corte enfatiza a necessidade de ofensa ao sistema de órgãos e instituições destinados a preservação coletiva do trabalho como critério demarcador de competência da Justiça Federal, entendendo que os casos de lesões a bens jurídicos isolados, ocorridos nas relações do trabalho, não são alçados ao crivo da jurisdição federal, permanecendo como questões a serem dirimidas pela jurisdição comum estadual.

Assim se reflete em decisão da Ministra Ellen Gracie, e da Segunda Turma do STF:

O fato, por si só, da lesão corporal descrita na denúncia ser decorrente de acidente de trabalho não é suficiente para transferir para a Justiça Federal o processamento e julgamento da ação penal. Não se pode considerar o delito descrito na denúncia como sendo crime contra a organização do trabalho, visto que esta espécie delitiva somente se configura quando há ofensa ao sistema de órgãos e instituições destinados a preservar coletivamente o trabalho.<sup>17</sup>

Do mesmo modo, a Segunda Turma decidiu em *Habeas Corpus*, tendo como Relator o Ministro Eros Grau. De acordo com o julgamento, “*o número de cento e oitenta pessoas reduzidas à condição análoga à de escravo é suficiente à caracterização do delito contra a organização do trabalho, cujo julgamento compete à Justiça Federal*”.<sup>18</sup>

Portanto, tem-se a medida da jurisdição dada pelo STF de acordo com alcance da ação criminosa, em relação à amplitude do bem jurídico e ao número de vítimas atingidas.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

A Exploração do trabalho infanto-juvenil e o Direito Penal brasileiro - pp. 129-170

TEODORO F. J. M.



Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar caso de conflito de competência, reconheceu a competência da Justiça Federal, uma vez que o crime de redução à condição análoga à de escravo atinge não somente a liberdade individual do trabalhador, mas também a dignidade da pessoa humana, além de apresentar potencialidade lesiva à Previdência Social e às instituições trabalhistas. E, nestes casos, restando demonstrado o perigo a bens, serviços e interesses da União, a competência é da Justiça Federal, conforme disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal.<sup>19</sup>

O Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região adota entendimento contrário, aproximando-se do STF, decidindo ser da Justiça Estadual a competência quando o delito não afetar coletivamente as instituições trabalhistas<sup>1</sup>. No mesmo diapasão, o Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região, reconhece a competência estadual, quando não comprovado o prejuízo a bens serviços e interesses da União.

De acordo com a leitura feita por Guilherme de Souza Nucci, a alteração sofrida pelo tipo penal, pela Lei 10.803/2003, com uma nova descrição pormenorizada da conduta criminosa, apresenta características de proteção à organização do trabalho, o que teria levado as Cortes superiores a fixarem a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de redução a condição análoga à de escravo, disposto no art. 149, do Código Penal (2006, p. 629).

Além de específica norma constitucional do inciso VI, do art. 109, da Constituição Federal, regulando a competência para processo e julgamento dos crimes contra

a Organização do Trabalho, o inciso V-A e o § 5.º do mesmo artigo 109, podem servir como normas diretivas em uma interpretação sistemática e garantidora de proteção maior aos direitos humanos.

De acordo com o referido § 5.º, do art. 109, são de competência da Justiça Federal as causas relativas a direitos humanos e as hipóteses de grave violação de direitos humanos. Além disso, a norma constitucional determina que o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

## 6. A repressão dos crimes relativos à exploração do trabalho infanto-juvenil no Direito Internacional

De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a criança deve ser reconhecida como sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade. Como sujeito de direito internacional, o primeiro documento a reconhecer tal adjetivo foi uma resolução aprovada pela Liga das Nações, em 1924, a qual veio a endossar a elaboração da Declaração dos Direitos da Criança.

No âmbito do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, até pouco tempo atrás, não existia qualquer órgão jurisdicional com competência específica

para julgar casos de violação de direitos internacionalmente assegurados, limitando-se a mecanismos de relatórios elaborados por Estados-partes a serem apreciados pelos Comitês Internacionais, as quais, todavia, não apresentam caráter jurisdicional.

Somente a partir da aprovação do Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, instituiu-se e organizou-se o Tribunal Penal Internacional - TPI, um órgão jurisdicional internacional penal, competente para processar e julgar os mais graves crimes que afetam a comunidade internacional.

O Estatuto de Roma foi inserido no Direito interno brasileiro por meio do Decreto 4.388/02, consagrando a submissão do Brasil ao poder jurisdicional do Tribunal Penal Internacional. Não obstante, este poder jurisdicional somente poderá ser provocado em havendo inércia ou negligência do Estado na apuração interna dos crimes, vale dizer, o órgão internacional será acionado caso o Poder Judiciário do Estado-parte, sendo provocado para a realização de procedimentos persecutórios, quede-se inerte, não aplicando a lei ao caso concreto. Enfim, somente diante de omissão estatal, nasce a necessidade de atuação do órgão jurisdicional internacional.

Além disso, o poder jurisdicional dessa corte internacional somente pode ser exercido após a ratificação do Estado, ou seja, após o Estado tornar-se Estado-parte do Tratado Internacional e somente incidirá sobre crimes ocorridos após esta ratificação.

E de acordo com o Estatuto de Roma, os crimes de escravidão são de competência do Tribunal Penal Internacional, pois estão inseridos entre os Crimes Contra a Humanidade, previstos no art. 7.º, cuja redação arrola

diversos crimes, entre os quais, a escravidão, a escravatura sexual, a prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada etc. Conforme disposto no referido art. 7.º, do Estatuto de Roma, por escravidão entende-se o exercício, relativamente de uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.

Em relação às penas, o Estatuto de Roma mostra-se mais severo se comparado ao Código Penal brasileiro, isso porque são previstas as penas de prisão de até trinta anos e a de prisão *perpétua*, em casos de elevado grau de ilegalidade do fato e, ainda, quando as condições pessoais do condenado justificarem uma resposta penal mais contundente. Ademais, todos os delitos de competência do Tribunal Penal Internacional são *imprescritíveis* (art. 29).

É certo que a questão da prisão perpétua, prevista, nesse Tratado Internacional, poderá gerar controvérsias jurisprudenciais, caso haja uma condenação por crime ocorrido no Brasil. O país, ao manifestar adesão à criação deste acordo, passa a se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conforme expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5.º, §4.º). Contudo, no mesmo artigo 5.º, há também norma expressa a vedar as penas de caráter perpétuo (inc. XLVII, *b*).

Analisando-se, superficialmente, e tendo em conta apenas o princípio do *tempus regit actum*, poder-se-ia afirmar que a norma a respeito da submissão à jurisdição do Tribunal, contida no referido § 4.º, obriga o país a reconhecer e aceitar a decisão desse órgão jurisdicional,

ainda que a mesma fosse a condenação de alguém à prisão perpétua. Sem embargos, os doutrinadores de Direitos Humanos internacionais reconhecem o *Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos* como regente dos conflitos entre normas constitucionais e normas de Direito Internacional, ou entre estas e normas infraconstitucionais, determinando que deve sempre prevalecer a norma com maior conteúdo protetório aos Direitos Humanos. Assim, em um hipotético caso de condenação pelo Tribunal Penal Internacional, por crime contra a humanidade ocorrido no Brasil, deve prevalecer a norma constitucional proibitiva da pena de caráter perpétuo, permanecendo, no entanto, a possibilidade de aplicação da pena de prisão de até trinta anos.

## Conclusão

Verifica-se jamais ter havido uma efetiva abolição da escravatura no país. O que ocorreu, ao final do séc. XIX foi a abolição da escravatura dos negros, o que fez surgir a escravidão dos imigrantes e, posteriormente de nacionais, todos pobres e necessitados de uma atividade laboral para sobreviverem.

Os fatos mostram o quão distante o Brasil está de uma condição ideal de igualdade nas relações do trabalho. Como a atual 6.<sup>a</sup> economia mundial, e como o 84.<sup>o</sup> no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, o país revela na desigualdade social sua maior chaga a impedir seu pleno crescimento e a plena consagração dos Direitos Humanos. Tal desempenho impede o Brasil de

arvorar-se como o porta-voz da proteção das liberdades no cenário internacional, pois, enquanto não tirar essa trave de seu olho, não poderá cuidar do argueiro no olho de seu vizinho.

Urge o empenho em busca da punição os responsáveis, pois são diversos os delitos praticados. As vítimas libertadas, com muita frequência, nem sequer possuem documentos para sua identificação, são encontradas muitas das vezes atingidas pela malária e com marcas de acidentes de trabalho. Malgrado à prática do delito de redução à condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), são também cometidos os delitos de aliciamento para fins de emigração (art 206 do CP), em alguns casos, aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207 do CP), além da omissão de socorro (art. 135 do CP) e a sonegação de encargos trabalhistas, bem como a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP), esta identificada pela omissão do repasse à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes.

Qualquer atividade laboral que envolva criança e adolescente carece de cuidadoso controle, pois, ao mesmo tempo em que o trabalho deve ser incutido na rotina do menor, como sendo algo saudável e formador da personalidade de um cidadão, deve ser rigorosamente fiscalizado para evitar que abusos e violências continuem a ocorrer.

Evidentemente, o menor de 18 anos, pela fragilidade de sua condição de pessoa em formação, mais suscetível às influências maliciosas, mais facilmente subjugado pela coação e pelas circunstâncias, é merecedor da utópica

proteção priorizada em documentos internacionais de Direitos Humanos, cabendo aos três Poderes envidarem todos os esforços necessários para a extirpação da secular úlcera da escravidão a assolar o Brasil.

## Notas

- <sup>1</sup> STF/ADIn n.º 3684, sendo Relator o Ministro Cezar Peluzo, o qual afastou definitivamente a possibilidade de conferir competência em matéria penal à Justiça do Trabalho.
- <sup>2</sup> <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=19801&criteria1=escavidud&criteria2=Ban-> acessado em 03.dez.2011.
- <sup>3</sup> Global child labour developments: measuring trends from 2004 to 2008 (Organização Internacional do Trabalho – OIT).
- <sup>4</sup> Decreto n.º 1.538/95, reformado pelo Decreto n.º 1.982/96.
- <sup>5</sup> [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicossociais2008/indic\\_sociais2008.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicossociais2008/indic_sociais2008.pdf)- acessado em 07. nov.2011.
- <sup>6</sup> [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/trabalho\\_infantil/trabinf2001.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/trabalho_infantil/trabinf2001.pdf) - acessado em 07.nov.2011.
- <sup>7</sup> [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/trabalho\\_infantil/trabinf2001.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/trabalho_infantil/trabinf2001.pdf)- acessado em 07.nov.2011.
- <sup>8</sup> Brasília, 01/02/2012: Ação realizada por fiscais do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) no município de Tailândia (PA) resgatou 52 empregados encontrados em situação análoga à de escravo, num conjunto de três fazendas. Entre os resgatados, foram encontrados quatro adolescentes: uma garota de 15 anos, cozinheira; dois garotos com idades entre 13 e 14 anos, que lapidavam mourões e estacas com machado; e outro de 16 anos, que roçava o mato com foice para abrir ramal por onde passavam com as toras. Em um dos acampamentos – num total de sete, espalhados pela fazenda - também foi encontrada uma trabalhadora grávida, de cinco meses, que era cozinheira, além de famílias que residiam com crianças, em barracos de lona, na mata. Os trabalhadores receberam R\$ 168,9 mil em verbas rescisórias. Foram emitidas 15 CTPS, lavrados 24 autos de infração e apreendidas 11 armas. Acessado em 07. fev. 2012 <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/grupo-movel-liberta-52-pessoas-de-trabalho-analogo-ao-de-escravo-no-para.htm>>.

- <sup>9</sup> [http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A308E140C013099AA320A62A2/est\\_resultado\\_quadro\\_trabescravo2010.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A308E140C013099AA320A62A2/est_resultado_quadro_trabescravo2010.pdf) - acessado em 07.fev.2012.
- <sup>10</sup> <http://portal.mte.gov.br/imprensa/lista-suja-tem-numero-recorde-de-infratores.htm> - acessado em 07.fev.2012.
- <sup>11</sup> <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1925>> acessado em 07.fev.2012.
- <sup>12</sup> <<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>> acessado em 21.nov.2011.
- <sup>13</sup> Segundo o Dicionário Aurélio, *lenocínio* é caracterizado pela prestação de assistência à libidinagem alheia, ou por dela se tirar proveito, sendo suas modalidades o proxenetismo, o rufianismo, o tráfico de pessoas; alcovitice; alcoviteirice. Já o Dicionário Houaiss define como sendo a ação de explorar, estimular ou favorecer o comércio carnal ilícito, ou induzir ou constranger alguém à sua prática.
- <sup>14</sup> RE 398041/PA, de 30.nov.2006, DJe 19.12.2008.
- <sup>15</sup> RE 459510/MT, de 04.fev.2010.
- <sup>16</sup> RE 599.943-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1.º-2-2011.
- <sup>17</sup> RE 588.332, julgamento em 31-3-2009, DJE de 24-4-2009.
- <sup>18</sup> HC 91.959, julgamento em 9-10-2007, DJE de 22-2-2008.
- <sup>19</sup> CComp 63.320, de 11.fev.2009, DJe 03.03.2009.

## Referências

ALEXIM, João Carlos. Trabalho Forçado *in* *Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo*. (VV. AA.). São Paulo: Edições Loyola/ CPT, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1 e 2. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAMPBELL, Ulisses. Abolição que nunca existiu. *O Correio Braziliense*. 14. dez.2003, p. 16-17.



CASTILHO, Ela Weicko V. de. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo in *Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo*. (VV. AA.). São Paulo: Edições Loyola/ CPT, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso, et all. *Código Penal Comentado*. 7.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)*. 2.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre: A lei de locação de serviços de 1879*. Campinas: Papirus, 1992.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*. Parte 1.<sup>a</sup> Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.

MARTINS, José de Souza. *Escravidão como Etiqueta*. O Estado de São Paulo. 21.ago.2011. p. J5.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Et all. Curso de Direito constitucional*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.

MOREYRA, Sérgio Paulo (Organizador). *Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo*. (VV. AA.). São Paulo: Edições Loyola/ CPT, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VILELA, Ruth. CUNHA, Rachel. A Experiência do Grupo Especial de Fiscalização Móvel no Combate ao Trabalho Escravo in *Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo*. (VV. AA.). São Paulo: Edições Loyola/ CPT, 1999.

# O critério material da hipótese de incidência do ISS à luz da súmula vinculante de nº. 31.

Artigo recebido em 26/03/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## **Everton Antunes Nogueira**

Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro  
Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. de Lorena. Advogado.  
E-mail: evertonnogueiramg@hotmail.com

## **Salomão David Nacur Soares de Azevedo**

Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro  
Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. de Lorena. Advogado.  
E-mail: salomaoazevedo@yahoo.com.br

## Resumo

O presente trabalho examina a hipótese de incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza à luz do conteúdo expresso da súmula vinculante de n.º 31. Tendo por base os precedentes que deram causa ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, propõe-se delimitar o campo de pesquisa no qual reside a controvérsia, expondo, sob a óptica jurídica, as nuances do tema.

## Palavras-chave

Tributo. Incidência. Locação.

## Abstract

This paper examines the hypothesis of the incidence of tax on services of any nature in light of the content expressed of the binding precedent of n. 31. Based on the precedent that gave rise to the positioning of the Supreme Court on the subject, it is proposed to limit the field of research in which the controversy lies, exposing, under legal perspective, the nuances of the subject.

## Keywords

Tribute, Incidence, Location.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

O critério material da hipótese de incidência do ISS à luz da súmula vinculante de n.º. 31 - pp. 171-192

E. A. NOGUEIRA / AZEVEDO S. D. N. S. de

## Sumário

Introdução. 1. O imposto sobre serviços. 1.1 Conceito. 1.2 O critério material da regra-matriz e a LC 116 / 2003 1.3 O entendimento jurisprudencial adotado. 2. A súmula com efeito vinculante. 2.1 O efeito do verbete sobre o critério material do ISS. Conclusão. Referências.

## Introdução

A constituição federal de 1988, como parte do sistema do direito positivo, estabelece em seus artigos 18 e 156, inciso III, a competência para os municípios instituírem o imposto sobre serviços (ISS).

Esta disciplina jurídica dos tributos, que tem por início a análise da competência da pessoa jurídica de direito público para instituir o referido tributo, terá, neste trabalho, uma ênfase sobre o critério material da hipótese de incidência.

Análises de questões semânticas que gravitam sobre o conceito de serviço, bem como sobre a terminologia técnica empregada, essencial para a interpretação dos fenômenos e institutos jurídicos, serão desenvolvidas, assim como o conceito, origem e natureza jurídica das súmulas com caráter vinculante, emanadas do Supremo Tribunal Federal.

A compreensão dos objetos situados no campo de pesquisa que ora se propõe, permitirá a análise do critério material do imposto sobre serviços à luz do conteúdo expresso da súmula vinculante de nº. 31, o qual estabelece

a não incidência desse gravame sobre a locação de bens móveis.

Para tanto, sem descurar, é claro, da melhor doutrina, será indispensável fazer menções às decisões proferidas pela própria excelsa corte, que alterou o posicionamento jurisprudencial adotado até o ano de 2000.

Enfim, o estudo a ser realizado terá por escopo delimitar o campo de pesquisa e expor de forma didática a causa jurídica da mudança de entendimento sobre a matéria, sem, contudo, prescindir das questões relevantes que foram suscitadas nos precedentes jurisprudenciais, bem como nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quando em análise da proposta de súmula vinculante (PSV) de nº 35, encaminhada pelo Ministro Joaquim Barbosa e aprovada, por unanimidade, aos dias 4 (quatro) de fevereiro de 2010.

## 1. O imposto sobre serviço

### *1.1 Conceito*

É do conhecimento comum que variadas são as formas em que os dicionários atuais definem os vocábulos. Natália de Nardi Dácomo, quando do uso da teoria semiótica e em análise do plano lógico-semântico ressaltou que: “a idéia que o signo transmite vai-se alterando no decorrer do tempo, isto é, o seu significado vai sendo modificado” (2006, p. 32).

Atualmente, é possível encontrar as seguintes definições para o vocábulo “serviço”:

Pelo Dicionário Houaiss da língua portuguesa, serviço é substantivo masculino: 1. Ação ou efeito de servir, de dar de si algo em forma de trabalho. 2. Exercício e desempenho de qualquer atividade.

Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea: serviço [sirvísu]. Substantivo Masculino (Do latim *servitium*). 1. Acção de ser útil; acto ou efeito de servir. 2. Estado de quem se disponibiliza ou actua em benefício de outrem. 3. Conjunto dos deveres ou obrigações que um cidadão tem perante o Estado ou a sociedade. 4. Conjunto das funções ou tarefas executadas em benefício ou por mando de outrem. Sinónimo: MISSÃO, TRABALHO. 5. Exercício das funções inerentes a uma actividade profissional. Sinónimo: PROFISSÃO. 6. Trabalho regular cujas condições são estabelecidas por contrato. Sinónimo de EMPREGO. 7. Conjunto de actividades específicas de cuja execução alguém é encarregado: trabalho a fazer. 8. Trabalho que está a ser realizado, em curso. 9. Desempenho de uma tarefa, uma incumbência (*apud* DÁCOMO, 2006, p.33).

Verifica-se que os conceitos oferecidos pelos dicionários, do vocábulo “serviço” e despidos da técnica jurídica, malgrado sejam bem pormenorizados no plano sintático, não se afiguram como um substrato relevante para a análise jurídica que aqui se propõe.

Deste modo, é necessário atentar para a análise pragmática do conceito jurídico do objeto “prestação de serviços”, inserido na relação jurídico-tributária e que será desenvolvido a seguir, devido ao grau de complexidade da matéria e por ser conteúdo do critério material da hipótese de incidência do tributo municipal em análise.

## 1.2 O critério material da regra-matriz e a LC 116 / 2003

Antes de adentrar na análise do critério material da hipótese de incidência, é mister ressaltar que o referido elemento, juntamente com os demais que compõem o antecedente (caráter descritivo) e o consequente (caráter prescritivo) da norma, são indispensáveis para que o evento do mundo fenomênico tenha relevância no mundo jurídico, o que dá formalidade ao fato jurídico tributário.

A este acontecimento a doutrina define por “fato gerador”, e, para sistematizar o estudo, o Professor Paulo de Barros Carvalho desenvolve e nos ensina a “regra matriz de incidência tributária”, na qual se tem como antecedente o critério material, espacial e temporal; e, como consequente, o critério pessoal e quantitativo. Neste contexto, ensina o autor:

Os modernos cientistas do Direito Tributário têm insistido na circunstância de que, tanto no *descriptor* (hipótese) quanto no *prescritor* (consequência) existem referências a critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos. Na hipótese (*descriptor*), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionando no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (*prescritor*), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjugação desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária. (*grifos do autor*). (2011, p.298-299).



É assim que, no aspecto material do antecedente tributário, encontram a descrição objetiva do fato; no aspecto espacial, as condições territoriais; no aspecto temporal, as circunstâncias que definem o momento em que se deve considerar ocorrido o evento; no aspecto pessoal, os sujeitos da relação jurídica tributária. Vislumbram, ainda, no exame das normas de natureza fiscal, a base impositiva ou base de cálculo que, conjugada à alíquota, perfaz o “quantum” devido. (2011, p.613).

Assim, tem-se que no tributo em análise o (descritor/ antecedente) critério material é prestar serviços; o critério espacial é o território de cada município e do Distrito Federal; o critério temporal é o momento em que se realiza a prestação do serviço; o (prescritor/consequente) critério pessoal é composto pelo sujeito ativo (Municípios e Distrito Federal) e sujeito passivo (prestador do serviço); o critério quantitativo é composto pela base de cálculo (valor da prestação do serviço) e pela alíquota (varia de acordo com a base de cálculo e com o tipo de prestação de serviços, sem descumar do limite máximo de 5% fixado pela LC 116/03).

A constituição federal de 1988, em seus artigos 18 e 156, inciso III, estabeleceu a competência para os municípios instituírem o imposto sobre serviços (ISS). Isto porque desde já o intuito dos que a confeccionaram foi evitar possível conflito de competência.

“O critério material do ISS é expresso pelo verbo “prestar” (verbo pessoal e de predicação incompleta) e seu complemento “serviço”; mas não é qualquer serviço que será tributado, apenas aqueles descritos pela Lei Complementar nº 116/2003” (DÁCOMO, 2007, p.29).

Entretanto, arguciosamente, salientou Coelho sobre os cuidados que se deve ter com a lei complementar em matéria tributária, do seguinte modo:

A lei complementar para editar normas gerais de Direito Tributário, *inclusive para estruturar os fatos geradores dos tributos e de suas espécies*, como está no art. 146, III, “a”, da CF, *não implica licença para alterar as áreas tributáveis* entregues constitucionalmente às pessoas políticas, caso contrário, seria inútil a Constituição (*grifos nossos*). (COELHO, 2006, p.402).

Além da descrição feita pela lei complementar, a qual vincula o legislador, por ser um rol taxativo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, há também que se atentar para os serviços não tributáveis, por determinação constitucional, a saber: serviços imunes, com vínculo empregatício, sem conteúdo econômico e os compreendidos no âmbito do imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Vale lembrar, neste contexto, os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

‘Não é fácil a interpretação deste preceito como revela a polêmica entre os tributaristas. O próprio autor muito hesitou a este respeito.

Da Constituição parece definir que, em princípio, a tributação dos serviços de qualquer natureza cabe ao Município. Entretanto a competência municipal é condicionada. Só ocorre quando o serviço está arrolado, definido em lei complementar (...)’ (*apud*, COELHO, 2010, p.525).

Além de Coelho afirmar que “definir é conceituar, e não ‘listar’, ‘discriminar’, pois a técnica do conceito se opõe à técnica da *lista*, dispensando-a” (*grifo do autor*) (COELHO, 2010, p.525), apresenta o seguinte caminho para o deslinde:

Por isso pensamos que a missão do legislador, já que o dispositivo em análise fala em ‘serviços definidos em lei complementar’, não se voltaria a fazer lista taxativa. Teria por meta, tão-somente, legislar para evitar conflitos de competência entre as pessoas políticas (art. 146, I, da CF).

Nesse caso, conviria que a lista fosse *exemplificativa* (*numerus apertus*) para evitar o defeito de restringir, contra a Constituição, a competência do município. Em suma, com o fito de prevenir conflitos, poderá o Congresso, se quiser: (a) definir os serviços como obrigações de fazer; (b) precisar os casos em que, nas operações mistas, é possível separar (e só quando possível) mercadorias e serviços, como na hipótese de concessionária de veículos que venda peças (ICMS) e presta serviços (ISS); e, por decorrência; (c) não fechar a lista, deixando ao município a possibilidade de legislar para exaurir os seus efeitos jurídicos; e (d) enunciar o mais minuciosamente possível os serviços tributáveis, mas a *título exemplificativo*. (*grifos do autor*) (2010, p.526-7).

Sobre a matéria, Ricardo Lobo Torres salienta em sua obra que:

Hoje a matéria está regulada pela LC 116/03, com a listagem dividida em 40 itens, que, por seu turno, se subdividem em inúmeros subitens; mas a enumeração, *defeituosa e lacunosa, já é objeto de reexame pelo*

*Congresso Nacional (Projeto de Lei da Câmara nº 70, de 2002 – Complementar). De modo que a nova disciplina do ISS desperta, desde logo, sérias dúvidas: a) o STF, surpreendentemente, após trinta anos de prática do tributo municipal, declarou inconstitucional a incidência do ISS sobre locação de serviços, prevista no item 79 da Lista de Serviços LC 56/87 (vide Súmula Vinculante nº 31, de 2010: É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis); o Presidente da República resolveu vetar o item ‘3.01 – Locação de bens móveis’, que viera corrigir, como tantas vezes tem acontecido no direito tributário brasileiro, a equivocada orientação jurisprudencial; o veto, entretanto, provocou insuportável contradição no bojo da listagem do item 3, que continuou a agasalhar vários subitens concernentes a ‘serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres; (...). (grifos nossos). (2011, p.405).*

Malgrado não exista na lei, há na doutrina dois conceitos de serviços: o econômico e o jurídico, sendo este último predominante. Isto porque o conceito econômico entende serviço como circulação de bens imateriais ou incorpóreos, o que não é juridicizado pelo Direito, pois pertence ao sistema econômico e não ao sistema jurídico (DÁCOMO, 2007, XXXI).

Como já explicitado, é certo que as normas aplicáveis ao caso posto em análise, como o Código Tributário Nacional (CTN) e a própria norma do direito civil, que é aplicada para definir ou limitar competências tributárias (art. 110 do CTN), não definem o conceito de “serviço”, o que gera vaguidade e/ou ambiguidade e tem sido objeto de polêmica na doutrina e na jurisprudência.

Isso significa que, embora o objeto posto em análise esteja restrito à análise do critério material do imposto sobre serviços, está-se discutindo a própria autonomia do direito tributário, o que, aliás, é uma polêmica já travada por François Géný e Louis Trotabas, cuja discussão residiu na possibilidade de existir uma:

(...) subserviência do direito fiscal ao direito privado (defendida pelo primeiro e contestada pelo segundo), não apenas quanto à possibilidade de a lei fiscal poder, *expressamente*, modificar conceitos do direito privado, mas, sobretudo, quanto à possibilidade de o *intérprete* da lei fiscal desconsiderar os conceitos do direito privado (mesmo quando referidos na lei fiscal *sem modificação expressa*) para o efeito de determinar a obrigação tributária. (AMARO, 2010, p.33).

Em análise do critério material do tributo em estudo, salientou José Eduardo Soares de Melo que:

O cerne da materialidade da Hipótese de incidência do imposto em comento não se circunscreve a 'serviço', mas a uma 'prestação de serviço', compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma *obrigação de 'fazer', de conformidade com os postulados e diretrizes do direito privado*. (grifos nossos). (*apud* DÁCOMO, 2007, p.37).

Pode-se, nesta oportunidade, inferir que há na doutrina dois posicionamentos sobre o conceito de prestação de serviço, o que exige do operador do direito uma análise jurisprudencial da matéria, em busca de um

posicionamento homogêneo e quiçá unísono, até mesmo por segurança jurídica, o que se faz a seguir.

### *1.3 O entendimento jurisprudencial adotado.*

A jurisprudência adotou por um bom período o conceito econômico da prestação de serviço até que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 116.121/SP, em 11 (onze) de outubro de 2000, firmou o entendimento de que prestar serviço é uma obrigação de fazer. Deste modo, no contrato de locação de bens móveis há uma obrigação de dar e não de fazer, não afigurando, portanto, hipótese de incidência do ISS, conforme se depreende da ementa do referido acórdão:

TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

IMPOSTO SOBRE SERVICOS – CONTRATO DE LOCACÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. *Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional (grifos nossos).*

No mesmo sentido comungou o Superior Tribunal de Justiça, quando no julgamento do Recurso Especial n. 631.547-MG. É certo que após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 116.121/SP, as decisões que se seguiram (v.g. AI 546588 AgR DJ de 16/9/2005; AI 551336 AgR DJ de 3/3/2006; AI 543317 AgR DJ de 10/3/2006; RE 446003 AgR DJ de 4/8/2006; RE 450120 AgR DJ de 20/4/2007; RE 465456 DJ de 18/5/2007; RE 553223 AgR DJ nº 162, em 14/12/2007; RE 455613 AgR em 19/12/2007), estiveram pautadas neste novo entendimento, de tal forma que a excelsa corte editou o verbete de n. 31.

Mesmo que seja defeituosa e lacunosa a lista anexa à LC 116/2003, conforme salientou Ricardo Lobo Torres, o reexame pelo Congresso Nacional (Projeto de Lei da Câmara nº 70, de 2002 – Complementar), não está, segundo João Damasceno Borges Miranda e Alexandre Marques Andrade Lemos (MIRANDA, 2012), em consonância com o todo já sedimentado na jurisprudência da excelsa corte; e afirmam do seguinte modo:

Mas, para nossa tristeza e também dos contribuintes, o Projeto de Lei de n. 70 que aguarda tramitação no Senado prevê novamente a re-inclusão da hipótese de incidência quanto a “locação de bens móveis”. *In litteris*:

*‘Redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n. 70, de 2002 - Complementar (n. 183, de 2001 - Complementar, na Casa de origem). Altera a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.*

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Os arts. 3º, 7º e 8º da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, passam a vigorar com as seguintes alterações:

.....  
Art. 2º A lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116, de 2003,

passa a vigorar com as seguintes alterações:

3 - .....

.....3.06 – Locação empresarial  
de bens móveis.’ (grifos do autor)

Pois bem, compreendidas as nuances sobre o conceito de “prestação de serviço” e sua relação com o critério material da hipótese de incidência do imposto sobre serviços, passa-se adiante, a analisar a origem e o conceito da súmula com caráter vinculante, sem descuidar da análise de seu efeito sobre o critério material, que corrobora os limites já estabelecidos pelos seus precedentes.

## 2. A súmula com efeito vinculante

É certo que, atualmente, há previsão expressa para criar-se um verbete com efeito vinculante, conforme adiante ficará explicitado; entretanto, segundo Uadi Lammêgo Bulos, “o efeito *vinculante* já existia em nosso ordenamento constitucional desde o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade, por obra da Emenda Constitucional n. 3/93, não sendo, portanto, uma novidade da reforma do Judiciário.” (*grifo do autor*) (2011, p.1.311).



Do mesmo modo comunga Pedro Lenza ao expor os prenúncios da súmula vinculante, tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito do direito processual civil. Segundo o autor:

A valorização substancial dos precedentes, em âmbito constitucional, decorre do *efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade (em razão do caráter dúplice ou ambivalente das ações constitucionais) proferida no controle concentrado (art. 102, parágrafo segundo, da CF/88 e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 – Rcl – Agr-QO 1.880-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 06.11.2002, e Inf. 289/STF, 2002).

(...)

Alfredo Buzaid apresentou, seguindo o exemplo do art. 861 do Código de 1939, a figura dos *assentos vinculantes* no Projeto de Código de Processo Civil, na década de 70.

Como se sabe, no CPC/73 ('Código Buzaidiano'), a idéia não foi aceita, limitando-se o Código, em seu art. 476, a tratar da 'uniformização da jurisprudência'.

Contudo, especialmente por meio das últimas minirreformas do Código Buzaidiano de 1973, o legislador vem *aumentando o poder decisório dos relatores* e a 'vinculação' sugestiva decorrente de posicionamentos já sumulados e pacificados nos

tribunais superiores, conforme se observa, dentre outros, pelos seguintes artigos do CPC: 120, parágrafo único; 285-A, *caput*; 475, parágrafo 3º ; 475-L, parágrafo 1º; 741, parágrafo único; 479; 481, parágrafo único; 518, parágrafo 1º ; 544, parágrafos 3º e 4º; 555, parágrafo 1º; 557, *caput*; e 557, parágrafo 1º - A. (*grifos do autor*) (2009, p.581-2).

Mas, como dito, foi com a Emenda Constitucional de n. 45/2004 que se introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a súmula com efeito vinculante, que, posteriormente, foi regulamentada pela Lei n. 11.417/2006.

Desta forma, tem o artigo 103-A da Constituição Federal, incluído pela referida emenda, a seguinte redação:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula

poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Para não dizer idêntico, estabelece o artigo 2º da Lei n. 11.417/2006 e seus parágrafos o acima transcrito, acrescentando que o Procurador-Geral da República deverá manifestar-se, previamente, à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, desde que as propostas não sejam por ele formuladas.

Sobre o objetivo do verbete, já salientaram o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e Uadi Lammêgo Bulos que “(...) as súmulas vinculantes serão elaboradas com base na maturidade do trabalho jurisprudencial, fruto de lenta e prolongada atividade técnica dos juízes, de muitas e longas discussões, da observação atenta de casos repetidos.” (*apud* BULOS, 2011, 1.313).

No entanto, ainda sobre o objetivo do verbete, dando ênfase para a questão temporal, vale transcrever entendimento diverso externado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode

haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação.(2011, p.1.010).

Sem esgotar o tema, pode-se afirmar que a súmula vinculante é um instrumento de uso exclusivo pelo Supremo Tribunal Federal, podendo este manifestar-se de ofício ou quando provocado sobre a validade, interpretação e eficácia de determinada norma, desde que haja reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com controvérsias que possam causar insegurança jurídica ou morosidade da justiça, cujo efeito é vincular órgãos do poder executivo, demais órgãos do poder judiciário, excetuando-se o poder legislativo, sob pena de violar cláusula pétrea (separação de poderes).

## *2.1 O efeito do verbete sobre o critério material do ISS.*

Como já explicitado, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula com efeito vinculante de n. 31, aprovada, por unanimidade, aos dias 4 (quatro) de fevereiro de 2010 e fruto da proposta encaminhada (PSV – 35) pelo Ministro Joaquim Barbosa, conforme decidido no Recurso Extraordinário n. 116.121/SP.

Pois bem, não resta dúvida de que o tributo municipal (ISS) não incide sobre a locação de bens móveis (pura), e

este é o efeito do verbete no critério material da hipótese; entretanto, ainda subsiste a questão também suscitada sobre a locação mista (v.g. máquina com operador).

Isto porque a proposta dessa súmula com efeito vinculante, preocupada com o negócio jurídico de locação e com outro, dissociado do primeiro, de prestação de serviço, continha a seguinte redação: “É inconstitucional a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operação de locação de bens móveis *dissociadas da prestação de serviços*.” (grifo nosso).

Em termos mais claros, preocupou-se com a locação de veículos com o motorista, locação de máquina com operador, ou seja, houve atenção, por parte dos ministros Dias Tofoli, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia, que acompanharam o relator, para com a locação mista.

Já o Ministro Cezar Peluso, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou ser desnecessária a parte “*dissociadas da prestação de serviços*” do seguinte modo:

Veja bem: estamos afirmando que é inconstitucional quando incide sobre locação de bens móveis, mas só quando é dissociada da operação de serviço. Quando for associada, cabe imposto? Não. Então, a referência a ‘*dissociada*’ é desnecessária, porque, quando associada, também não incide. Quando há contrato de locação de móveis e, ao mesmo tempo, prestação de serviço, a locação de móveis continua não suportando o imposto; o serviço sim. Se não tiver nenhuma ligação com a prestação do serviço, também continua não suportando; não há incidência. Noutras palavras, o ‘*dissociada*’ aí realmente é inútil e pode gerar dúvida.

E, quando for associada, está sujeita ao imposto sobre serviço? Ao meu ver, com o devido respeito, não há prejuízo algum ao sentido de inúmeras decisões, se for cortada a expressão final ‘dissociada da prestação do serviço’. *É inconstitucional a incidência sobre a locação de bens móveis, só. (grifos nossos).*

Deste modo, ficou suprimida a parte final da súmula e o Ministro Marco Aurélio destacou que: “Deve-se esperar, portanto, reiterados pronunciamentos do Tribunal sobre possível controvérsia, envolvida a junção, para posteriormente editar-se um verbete.”

Pode-se afirmar, portanto, que o efeito da súmula vinculante de n. 31 no critério material da hipótese de incidência do tributo municipal (ISS) é o de não incidir sobre a locação de bens móveis (pura); entretanto, ainda subsiste a questão também suscitada sobre a locação mista, que pode dar causa a uma nova redação.

## Conclusão

Pois bem, cabe, nestas notas conclusivas, reunir alguns apontamentos. A competência para os municípios instituírem o imposto sobre os serviços (ISS), definidos pela Lei complementar 116/2003, mais precisamente em sua lista anexa, que traz um rol taxativo de serviços tributáveis, encontra guarida no texto constitucional, até porque a matéria é em seu bojo.

Certo é que os serviços imunes, com vínculo empregatício, sem conteúdo econômico e os compreendidos

no âmbito do imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) não estão sujeitos à incidência do imposto municipal (ISS).

As normas aplicáveis, como o Código Tributário Nacional (CTN) e a própria norma do direito civil, que é aplicada para definir ou limitar competências tributárias (art. 110 do CTN), não definem o conceito de “serviço”, o que possivelmente tem contribuído para o desencontro, por razões jurídicas, diga-se de passagem, talvez mais no passado e quiçá no futuro, da doutrina e da jurisprudência.

Desencontro este que, atualmente, apresenta-se pacificado com o entendimento da excelsa corte proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 116.121/SP, em 11 (onze) de outubro de 2000, de que é relevante para a análise da incidência do ISS sobre a locação o conceito jurídico, aquele que define prestação de serviço como “obrigação de fazer”, com fundamento na divisão das obrigações do código civil.

Na votação do verbete de n. 31, houve preocupação por parte dos ministros Dias Tofoli, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia, que acompanharam o relator, para com a locação mista.

O Ministro Cezar Peluso afirmou ser desnecessária a parte “dissociadas da prestação de serviços”, ficando, portanto, suprimida a parte final do verbete.

Infere-se, portanto, que é plenamente inconstitucional a incidência do tributo ISS sobre operações de locação de bens móveis (pura), por ser uma obrigação de dar e não de fazer, e, no caso de locação mista (v.g. máquina com operador), caberá, *s.m.j.*, o aguardo pelos reiterados pronunciamentos do Tribunal sobre possível controvérsia, conforme salientou o ministro Marco Aurélio.

## Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo.. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direito tributário: linguagem e método*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DÁCOMO, Natália de Nardi. *Hipótese de incidência do ISS*. São Paulo: Noeses, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, João Damasceno Borges. LEMOS, Alexandre Marques Andrade. *As Operações de Arrendamento Mercantil – Leasing e a Questão da Incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN*. Disponível em: <<http://www.dmadvocacia.com.br/art2.htm>> Acesso em: 20 de Març. 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.



# Uma releitura do princípio da capacidade contributiva à luz do neoconstitucionalismo

Artigo recebido em 25/05/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## **Keziah Alessandra Vianna Silva Pinto**

Doutora em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pelo Unisal.  
Professora do Programa de Mestrado em Direito do Unisal,  
da Pós-Graduação e do Curso de Direito do Unisal/UE Lorena.  
Tabeliã de Protesto em Minas Gerais.

## **Milena Zampieri Sellmann de Menezes**

Doutoranda em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela PUC/SP.  
Professora da Pós-Graduação e do Curso de Direito  
do Unisal/UE Lorena. Advogada.

## Resumo

A partir da nova hermenêutica constitucional e do neoconstitucionalismo, que traz uma distinção marcante entre princípios e regras e que incorpora os valores à interpretação constitucional, é possível fazer uma releitura do princípio da capacidade contributiva, direito individual do contribuinte de ter os impostos graduados segundo suas condições econômicas, na medida em que existe uma dicotomia no que se refere à noção de capacidade contributiva, dividida entre objetiva e subjetiva. A doutrina ainda majoritária considera que deve prevalecer a capacidade contributiva objetiva, fundada nos fatos-signo presuntivos de riqueza, ao passo que, partindo de uma interpretação sistemática, fundada na adequação à dignidade da pessoa humana, é forçoso concluir que deve prevalecer a capacidade contributiva subjetiva, que leva em consideração o piso mínimo vital para apuração da capacidade contributiva do contribuinte.

## Palavras-chaves

Capacidade contributiva – dignidade humana – piso mínimo vital.

## Abstract

From the new constitutional hermeneutics and neoconstitutionalism, which brings a sharp distinction

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Uma releitura do princípio da capacidade contributiva à luz do neoconstitucionalismo - pp. 193-225

PINTO K. A. V. S. / MENEZES M. Z. S. de

between principles and rules and which embodies the values of constitutional interpretation, it is possible to reconsider the principle of ability to contribute, the taxpayer's individual right to have taxes graded according to their economic conditions, to the extent that there is a dichotomy with respect to the concept of the ability to contribute, partitioned between objective and subjective. The majority still believes that the doctrine should prevail the ability to contribute objectively based on facts-presumptive signs of wealth, while, from a systematic interpretation, based on suitability for human dignity, it is clear that the ability to contribute should prevail subjective, which takes into consideration the minimum wage critical for determining the taxpayer's ability to pay.

## Keywords

Ability to pay - human dignity - minimum living floor.

## Sumário

Introdução. 1 Nova hermenêutica constitucional: princípios e regras, dignidade da pessoa humana e teoria dos direitos fundamentais. 2 Neoconstitucionalismo e princípio da capacidade contributiva. 3 Uma releitura do princípio da capacidade contributiva. Conclusão Referências.

## Introdução

O art. 145, § 1º, da Constituição Federal expressa o princípio da capacidade contributiva. Mister primeiro pontuar, à luz da nova interpretação constitucional, que se trata de princípio, na medida em que se trata de norma aberta, com conceitos jurídicos indeterminados.

Sobre este tema, é importante definir e delimitar a distinção entre princípios e regras, bem como o alcance de alguns conceitos jurídicos indeterminados, como das expressões “capacidade contributiva do contribuinte” e “sempre que possível”.

A partir da premissa de que o princípio da capacidade contributiva tem a finalidade de assegurar o piso mínimo vital, servindo de limite ao exercício do poder de tributar, mister se faz uma releitura da interpretação e aplicação desse princípio, especialmente a partir da nova hermenêutica constitucional, em que existe a preocupação com a inserção de valores quando da interpretação da normas constitucionais, já que ainda vigora em grande parte o domínio da interpretação literal, pautada no positivismo jurídico, o que acaba por levar a uma interpretação dissonante da ideia de manutenção da dignidade da pessoa humana.

Como a capacidade contributiva pode ser analisada no seu aspecto objetivo e no seu aspecto subjetivo é de rigor fixar qual aspecto deve prevalecer à luz da nova hermenêutica constitucional, que insere valores na interpretação.

## 1. Nova hermenêutica constitucional: princípios e regras, dignidade da pessoa humana e teoria dos direitos fundamentais

Prestigiando a nova interpretação constitucional é de rigor a distinção entre princípios e regras. Não se trata de tarefa fácil tal distinção, já que métodos diferentes existem com esta finalidade.

De forma sucinta, Luís Virgílio Afonso da Silva expõe as principais teorias sobre a distinção entre regras e princípios, que podem ser divididas em três grandes categorias: “(a) teorias que propõem uma distinção forte; (b) teorias que propõem uma distinção débil; (c) teorias que rejeitam a possibilidade de distinção”. Segundo o autor, a teoria da distinção forte entre princípios e regras se baseia no critério de estruturação lógica das normas, tal como o faz Robert Alexy e Ronald Dworkin. Já a teoria que propõe distinção débil, por nós denominada de fraca, é fundada no grau de generalidade ou abstração da norma, sendo a diferença entre princípios e regras uma diferença de grau, conforme Aulis Aarnio e Klaus Günther. Por fim, ainda há que se falar em uma teoria que rejeita a possibilidade de distinção entre regras e princípios, já que ambas as normas sustentam qualidades lógico-deônticas.

A primeira, apelidada de distinção “fraca” tem seu fundamento teórico na teoria clássica de interpretação das normas constitucionais vislumbra os princípios como normas dotadas de alto grau de abstração e generalidade, cabendo um processo subjetivo por parte do aplicador; os princípios são elevados a valores fundamentais do ordenamento jurídico, compondo sua base, sua estrutura. Já as regras, ao contrário, possuem uma abstração reduzida.

É neste sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípio:

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Na mesma esteira está a lição de Roque Antônio Carrazza, que afirma possuírem os princípios acentuado grau de abstração, ao passo que as regras possuem pequeno grau de abstração, referindo-se a situações mais específicas. Ainda dentro desta concepção, sustenta que o princípio é a “*pedra de fecho* do sistema ao qual pertence”. Acaba por definir princípio jurídico como “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

Esta noção de princípio é afastada por Humberto Ávila, no que se refere ao critério de generalidade e abstração, pois, segundo ele, não serve como diferenciador de regras, à medida que todas as normas, sejam princípios ou regras, têm em comum a característica da indeterminação. Sem embargo disso, essa suposta diferença entre princípios, genéricos e regras pode levar à falsa idéia de que o intérprete não tem liberdade para valoração quando de aplicação de

regras. Também sustenta que ao conferir este alto grau de generalidade e abstração a princípios pode ocorrer de se flexibilizar o que a Constituição quis enrijecer.

A segunda teoria, considerada de distinção “forte” tem aplicação na nova interpretação constitucional. Com base nos ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy está fundamentada a teoria moderna de Direito Público de que princípios possuem graus de valoração e são passíveis de ponderação com outros princípios, enquanto as regras estabelecem em caráter definitivo o que é obrigatório, permitido ou proibido, decorrendo sua aplicação de subsunção e, havendo antinomia, a solução dá-se pela criação de uma regra de exceção ou pela invalidade de uma das regras em conflito. Trata-se de uma distinção forte entre princípios e regras.

Para Ronald Dworkin e Genaro R. Carrió, as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada”, ou seja, ou uma regra é válida ou ela não é válida e, em caso de colisão entre duas regras uma será considerada inválida. Já os princípios contêm fundamentos que devem ser conjugados com fundamentos de outros princípios, possuindo dimensão de peso quanto à sua estrutura lógica, com critérios classificatórios. Em caso de colisão entre princípios, aquele que tiver peso maior se sobrepõe ao outro.

Já segundo Robert Alexy, as regras são normas que podem ou não podem ser realizadas e quando são válidas têm de ser aplicadas sem qualquer discussão; ainda esclarece que as regras instituem obrigações absolutas que não podem ser superadas por normas contrapostas. No caso de colisão entre regras a solução se dá pela criação de uma regra de exceção ou, quando esta não é possível, pela

invalidade de uma das regras postas em conflito. Trata-se de uma decisão sobre validade.

Quanto aos princípios, Robert Alexy os define como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, ou seja, como espécie de norma jurídica que estabelece *deveres de otimização* aplicáveis em graus, conforme as possibilidades normativas e fáticas.

J.J. Gomes Canotilho parece trilhar o mesmo entendimento sobre a distinção entre princípios e regras, com pequenas e sutis variações. Neste sentido suas lições, *verbis*:

- (1) Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagreblesky); a convivência das regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se.
- (2) Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’, consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço aberto para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais, nem menos.



- (3) Em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *Standards* que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias.
- (4) Os princípios suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).

De forma resumida, é possível abstrair dessa teoria que as regras são aplicadas pelo fenómeno da subsunção do fato à hipótese que vem descrita na norma, aplicando-se a consequência; ao passo que os princípios, enquanto estabelecedores de deveres provisórios, são aplicados mediante ponderação, ou seja, atribuindo-se aos princípios um peso e verificando qual tem peso maior diante do caso concreto.

Por fim, ainda existe o critério nomogenético. Segundo esse critério, as regras devem decorrer dos princípios e estes seriam fundamento das regras, desempenhando *função normogenética fundamentante*. Logo, as regras devem cumprir a função de realizar os princípios. Comungando do mesmo entendimento, Eros Roberto Grau afirma que “as regras são aplicações dos princípios”.

Na mesma linha Claus-Wilhelm Canaris, para quem a distinção entre princípios e regras se dá com base no conteúdo axiológico e que os princípios necessitam das regras para se concretizar. Isso se daria porque os

princípios, dado seu grau insuficiente de concretização, não permitem diretamente a subsunção.

Além da importante distinção entre princípios e regras, ainda é traço característico da nova interpretação constitucional a teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade da pessoa humana. É inafastável a preocupação com a efetividade máxima dos direitos fundamentais, trabalho que deve ser promovido pela interpretação constitucional, com o fito de conformação com a dignidade da pessoa humana.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes,

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Por seu turno, a dignidade da pessoa humana é um valor e, enquanto positivada como fundamento da República, é um princípio. Cristina Queiroz enquadra a dignidade da pessoa humana como princípio e, enquanto tal, “conceito-chave de direito constitucional”, podendo, deste modo, “ser chamado a desempenhar, em sede de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o

papel de motor do ‘desenvolvimento’ e ‘aperfeiçoamento’ da ordem jurídico-constitucional”.

Flávia Piovesan trata a dignidade da pessoa humana como um valor. Assim, quando cuida de apresentar os direitos humanos no campo internacional e interno, afirma que “ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais (...) a lógica do Direito dos Direitos Humanos é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana”.

Contudo, os valores estão no campo axiológico e os princípios no campo deontológico. A partir do momento que um valor é positivado, ele ingressa com *status* de princípio. A partir desta ideia, sendo certo que o valor supremo dignidade humana foi positivado, estando expresso em vários dispositivos constitucionais, por certo que na ordem posta ele se enquadra como um princípio, no campo deontológico. Enquanto princípio, se se trata de um valor intrínseco do ser humano, na mesma proporção, na ordem posta será, ainda que se prestigiando a unidade da Constituição, um *metaprincípio*, a orientar toda a interpretação.

A conciliação entre direitos fundamentais e dignidade humana é consequência natural. É certo que a dignidade da pessoa humana vem esculpida expressamente no art. 1º, inciso III, da CF, classificada como um dos fundamentos da República, que se constitui em Estado Democrático de Direito. Demais disso, através do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, é possível extrair o ideal de

dignidade da pessoa humana, à medida que o Preâmbulo, ao expressar os dogmas de nossa sociedade, dispõe que o Estado Democrático de Direito é “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”. Nesse sentido, só há de se falar em dignidade humana a partir do momento que sejam assegurados esses valores. Mais especificamente, o art. 6º da CF/88 traz o rol dos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança etc.) que se expressam como o mínimo vital para se alcançar a dignidade humana.

Por certo que, além dos direitos sociais, se implementarem o piso mínimo vital para que haja o reconhecimento da dignidade, os demais direitos fundamentais também são meios de se assegurar a dignidade, já que uma pessoa estará desprovida de dignidade se não tiver assegurados os seus direitos individuais, de nacionalidade e políticos e se não tiver inserida em uma sociedade em que há preocupação em se tutelar os direitos coletivos.

Assim, o fim último das normas constitucionais, a partir de uma interpretação sistemática, é a promoção da dignidade da pessoa humana, positivada como fundamento da República no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Assim, a efetividade máxima dos direitos fundamentais tem por fim último a realização da dignidade humana.

## 2. Neoconstitucionalismo e princípio da capacidade contributiva

À luz da nova hermenêutica constitucional, que prestigia a inserção dos valores na interpretação da

norma constitucional, a questão que se faz presente diz respeito ao alcance e aplicação do princípio da capacidade contributiva, esculpido no art. 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, como direito individual do contribuinte e amparado nos direitos sociais como forma de promoção da dignidade humana. O dispositivo está assim redigido:

**Art. 145. (...)**

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Com a finalidade de adequar a interpretação desta norma à luz da nova hermenêutica constitucional, é forçoso reconhecer a superação do método clássico de interpretação, fundado exclusivamente na subsunção do fato à norma, ou seja, a partir da noção de que a lei é a premissa maior e o fato é a premissa menor e que a subsunção do fato à norma leva à aplicação do Direito com solução dos litígios.

Modernamente, prima-se por uma interpretação que busca a reaproximação entre Direito, moral e ética, preocupada em revelar valores. Há um reconhecimento de que as normas constitucionais têm conteúdo aberto e que possui conceitos jurídicos indeterminados. Esta técnica normativa é fundamental para que se possa

buscar, a partir do caso concreto, o melhor sentido para a norma, produzindo uma solução mais adequada para cada problema que se apresenta. Não se olvide de que o método clássico de interpretação constitucional, primando pela subsunção, ainda tem seu lugar reservado, especialmente para as normas que se apresentam como regras de conteúdo fechado e conceitos jurídicos determinados, que não são poucos na Constituição Federal de 1988.

Relativamente ao conteúdo do art. 145, § 1º, da Constituição Federal é mister primeiro pontuar, à luz da nova interpretação constitucional, que se trata de princípio, à medida que se trata de norma aberta, com conceitos jurídicos indeterminados. Em outras palavras, é um mandamento de otimização, informando qual é a finalidade que o imposto tem de atender, sem, contudo, indicar os meios para alcançar o fim. Caberá ao legislador e ao intérprete da norma concretizar o meio para se alcançar o fim almejado pelo princípio, qual seja, proporcionar ao imposto mecanismos que tornem possível individualizar o contribuinte quanto às suas condições econômicas que deverão ser apuradas para se aferir sua capacidade contributiva.

Ainda deve ser frisado que o princípio da capacidade contributiva é um direito individual. Dentro do gênero direitos fundamentais, os direitos individuais são espécie. Como direito individual o princípio da capacidade contributiva protege o contribuinte de impostos, que deve ter respeitada a sua capacidade econômica e, a partir dela, sua capacidade para contribuir. Integra, em verdade, o “estatuto do contribuinte” como limitação constitucional ao poder de tributar do Estado.

### 3. Uma releitura do princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva é um princípio específico do Direito Tributário, expresso na Constituição Federal e corolário do princípio da isonomia ou igualdade tributária, que, por sua vez, é uma especialização do princípio constitucional da igualdade esculpido no art. 5º, *caput*, da CF/88. Como o próprio nome sugere, o princípio da capacidade contributiva existe para buscar individualizar o contribuinte no que tange às suas condições econômicas, com o fim de alcançar o ideal de justiça tributária.

Segundo dispõe o art. 145, § 1º, da CF/88, os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. O mesmo dispositivo ainda faculta à administração tributária, como forma de atender à capacidade econômica do contribuinte, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Como especialização do princípio da isonomia tributária, previsto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal, o princípio da capacidade contributiva se manifesta no sentido de que os contribuintes com mesmas condições econômicas devem ter o mesmo tratamento tributário, que será diverso do tratamento tributário dispensado aos contribuintes com condições econômicas distintas, de modo que quem tem mais condições econômicas deve pagar mais tributo do que quem tem menos condições econômicas.

A capacidade contributiva pode ser entendida como a parcela de poder econômico de que o contribuinte dispõe para pagar tributos, ou seja, é uma expressão de sua condição econômica. Em outras palavras, é a sua capacidade econômica para pagar tributos.

A Constituição Federal de 1988, por trazer normas de conteúdo aberto e conceitos jurídicos indeterminados, não delimitou o alcance da expressão “capacidade econômica do contribuinte”, razão pela qual se faz necessária uma interpretação sistemática e valorativa para delimitar o alcance desta expressão.

Adoutrina italiana, liderada por Francesco Moschetti, distingue a capacidade contributiva da capacidade econômica. Para o autor, a capacidade contributiva tem como pressuposto a capacidade econômica. Entretanto, ainda segundo ele, seria possível a existência de capacidade econômica sem que o contribuinte tenha capacidade contributiva.

Adepto deste posicionamento, Kiyoshi Harada sustenta e exemplifica:

Capacidade econômica não se confunde com capacidade contributiva, embora ambas as expressões impliquem densidade econômica capaz de suportar a exação fiscal. Capacidade Contributiva é aquela capacidade relacionada com a imposição parcial ou total. É a capacidade econômica da pessoa enquanto sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Já a capacidade econômica é aquela ostentada por uma pessoa que não é contribuinte como, por exemplo, um cidadão abastado, de passagem pelo nosso país.



Por sua vez, José Maurício Conti distingue capacidade financeira, econômica e contributiva e conclui de modo elucidativo:

Em primeiro lugar, reconhecemos a existência do conceito de capacidade financeira (...), como sendo a disponibilidade para a liquidação das obrigações no tempo e forma contratados. Em suma, têm capacidade financeira os indivíduos que têm liquidez para saldar suas obrigações. A capacidade econômica é aquela que todos – ou quase todos – têm. É a aptidão dos indivíduos de obter riquezas – exteriorizada sob a forma de renda, consumo ou patrimônio. Tem capacidade econômica qualquer indivíduo que disponha de alguma riqueza ou aptidão para obtê-la. Já a capacidade contributiva (...) refere-se à capacidade dos indivíduos de arcar com os ônus tributários, de pagar tributos. A capacidade contributiva é, pois, uma capacidade econômica específica – refere-se à aptidão para suportar determinada carga tributária. No caso do disposto no Texto Constitucional, fez-se uso da expressão “capacidade econômica”, quando, no caso, a referência é à “capacidade contributiva”, pois trata-se apenas da capacidade econômica para pagar tributos. No entanto, não se pode dizer ter havido equívoco por parte do legislador, pois menciona “capacidade econômica do contribuinte” – tornando, dessa forma, mais preciso o conceito ao referir-se à capacidade econômica apenas daqueles que estão sujeitos à tributação.

De seu turno, Gisele Lemke defende a diferenciação entre os termos pela consideração do mínimo vital:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012  
Uma releitura do princípio da capacidade contributiva à luz do neoconstitucionalismo - pp. 193-225  
PINTO K. A. V. S. / MENEZES M. Z. S. de

(...) tem-se que a capacidade econômica está presente, desde que exista alguma parcela de riqueza e a capacidade contributiva só estará presente, quando a parcela da riqueza tomada em consideração por um dado tributo for superior ao mínimo vital. Exemplificando-se com o IR, onde fica clara a noção de mínimo vital, pode-se dizer que aquela pessoa que utiliza toda a sua renda para adquirir bens de consumo básico tem capacidade econômica, porém não tem capacidade contributiva.

Dentre os opositores da diferenciação estão Hugo de Brito Machado, que menciona que a Constituição Federal de 1988 não fez referência a capacidade contributiva e sim à capacidade econômica e Fernando Aurélio Zilveti que sustenta que capacidade econômica e contributiva são a mesma coisa.

De fato, capacidade econômica e capacidade contributiva são termos cujos conceitos são distintos. Na verdade, a capacidade contributiva pressupõe a capacidade econômica, mas esta não é pressuposto daquela.

Em que pese o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, fazer referência expressa apenas à capacidade econômica e não à capacidade contributiva, entende-se que a menção foi implícita, pois o legislador constitucional citou que os impostos deverão ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, diga-se, com base na aptidão econômica do contribuinte, e não de outra pessoa, para pagar tributos, ou seja, na capacidade daqueles que estão sujeitos à tributação.

Ademais, é perfeitamente possível que alguém

tenha condição econômica para comprar o necessário para sua sobrevivência, mas não tenha capacidade contributiva, por consumir toda sua renda com a aquisição de bens vinculados com o chamado mínimo vital.

Entende-se que capacidade econômica existe sempre quando houver alguma parcela de riqueza, ao passo que a capacidade contributiva exige que a capacidade econômica, ou seja, a quantidade de riqueza, supere as despesas relativas ao piso “mínimo vital”.

Portanto, certo é que a capacidade econômica a ser levada em conta é aquela capacidade que tem em conta o *plus* existente após se deduzir o necessário ao mínimo vital, ou seja, àquilo que é indispensável à sobrevivência do cidadão.

A Constituição Federal de 1946 dava claros sinais do que se deveria entender por mínimo vital ao estatuir no art. 15, § 1º, acerca da imunidade de imposto sobre o consumo recaindo sobre aquilo que a lei considerasse “como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico”. Este preceito não foi repetido na atual Carta Magna, apesar de, conforme já mencionado, haver expressa previsão sobre a possibilidade da administração tributária levar em consideração o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Assim, apesar da falta de definição explícita acerca do conteúdo de “capacidade econômica do contribuinte”, a noção de mínimo vital continua apta a ser marco divisório entre a presença e a ausência de capacidade contributiva. Isso acontece porque o mínimo vital é o mínimo indispensável para propiciar a dignidade da

pessoa humana, que é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, art. 1º, inciso III, da CF/88.

O art. 6º da CF/88 enumera os direitos sociais e, ainda que de forma indireta, expressa quais são as necessidades mínimas vitais, tais como educação, saúde, moradia, lazer, segurança etc. Estes são os direitos básicos que devem ser assegurados no Estado Democrático de Direito para promoção da dignidade humana.

Além da necessidade de delimitar o alcance da expressão “capacidade contributiva do contribuinte”, outro ponto de suma importância para a máxima efetividade do princípio da capacidade contributiva é definir a expressão “sempre que possível” que está inserta no texto do § 1º, do art. 145, da CF/88. Da forma como foi apresentada no dispositivo, a expressão pode levar a duas interpretações diametralmente opostas, quais sejam: será que os impostos, *sempre que possível*, deverão atender às condições econômicas do contribuinte, ou será que os impostos, *sempre que possível*, deverão ter caráter pessoal, mas, independentemente disso, todos os impostos devem atender às condições econômicas do contribuinte? Em outras palavras, há flagrante divergência sobre o alcance do princípio da capacidade contributiva, se aplicasse a todos ou apenas a alguns tipos de impostos, ou, melhor dizendo, se somente a impostos pessoais ou se também a impostos reais.

Mais uma vez, também em relação a este ponto, a redação que se deu na Constituição de 1946, art. 202, para o Princípio da Capacidade Contributiva era melhor: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do

contribuinte”. Segundo a redação desse dispositivo, era clara a conclusão de que os impostos, quando possível, deveriam ter caráter pessoal, mas que todos eles seriam graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.

Entretanto, à luz do art. 145, § 1º, da CF/88, parece que o Supremo Tribunal Federal tinha firmado entendimento no sentido de que o princípio da capacidade contributiva só teria cabimento para impostos pessoais. Isso significa que o entendimento abraçado era no sentido de que a expressão “sempre que possível” restringia o alcance do princípio da capacidade contributiva apenas aos impostos pessoais, ou seja, aqueles que trazem em sua hipótese de incidência elementos que individualizam pessoalmente o contribuinte.

Nesse sentido, no entendimento de Victor Uckmar, é absurdo o regime de alíquotas progressivas para impostos reais. Sustenta ainda, em contrapartida, que inobstante o fato de nem todos os impostos terem alíquotas progressivas não impede que o sistema como um todo seja informado pela progressividade se, ao menos, a maioria dos impostos tiver alíquotas progressivas.

Por certo que este entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao IPTU, resta ultrapassado diante da Emenda Constitucional nº 29/2000, que deu nova redação ao art. 156, § 1º, autorizando no inciso I a progressividade de alíquotas em razão do valor venal.

Tanto é assim que foi editado o verbete nº 668 das Súmulas do STF, com a seguinte redação:

668. É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

De ressaltar o entendimento segundo o qual o princípio da capacidade contributiva se aplica a todos os impostos, inclusive aos impostos reais, mas a progressividade de alíquotas só tem cabimento quando expressamente autorizada pela Constituição Federal. Tal posição é defendida por Aires Fenandino Barreto e Ives Gandra da Silva Martins:

a Constituição não tolera progressividade dos impostos, senão nos casos que autoriza. Supor diferentemente importaria tornar letra morta o dispositivo que exige seja o IR progressivo (art. 153, § 2º, I) e também o que possibilita a progressão do IPTU, no tempo (art. 156, § 1º, redação anterior à Emenda 29/2000, combinado com o art. 182, § 4º). Estivesse a progressão abrangida no conceito de graduação e esses dispositivos reduzir-se-iam a singela sugestão de forma de progressividade; seriam, assim, dispositivos inócuos, vazios, inúteis.

Este entendimento é abraçado pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, ambos do Supremo Tribunal Federal, conforme pode ser observado no Recurso Extraordinário 234.105-SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 08.04.1999, *Informativo STF n. 144*.

Cuida-se de um entendimento com interpretação literal, que preconiza ser admissível o regime de alíquotas progressivas somente diante de autorização constitucional, como fazem os arts. 153, § 2º, inciso I; 156, § 1º, inciso I e 181, § 4º, inciso II. Ora, será que apenas o Imposto de Renda e o IPTU podem ter então alíquotas progressivas? E os demais impostos, ainda que classificados como pessoais tal qual o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza não poderão ter alíquotas progressivas? Parece que não é esta a melhor interpretação.

À luz do Princípio da Interpretação, conforme a Constituição, deve ser prestigiada a interpretação que melhor se coaduna com os valores supremos da sociedade brasileira e, mais, a interpretação que melhor atenda ao fim último de promoção da dignidade da pessoa humana. Essa interpretação, com toda certeza, é no sentido de que o princípio da capacidade contributiva se aplica a todos os impostos, quer sejam reais, quer sejam pessoais, já que quem paga o imposto sempre é o contribuinte e não a coisa definida no aspecto material da hipótese de incidência. Assim, vale aqui transcrever a oportuna lição de Regina Helena Costa:

A menção expressa feita pela Lei Maior ao caráter progressivo apenas a dois impostos, silenciando quanto aos demais, não conduz à conclusão de estar a progressividade vedada para estes, como erroneamente possa pensar-se.

Quis o legislador constituinte, naquelas hipóteses, destacar uma característica fundamental do imposto sobre a renda e ressaltar a utilização extrafiscal que o IPTU pode assumir.

Não pode ser deixado de lado, ainda, o fato de que o princípio da capacidade contributiva se apresenta como direito fundamental individual do contribuinte em relação aos impostos. Isso significa que o contribuinte tem direito individual de ter suas condições econômicas respeitadas para que não seja atingido seu piso mínimo vital, ou seja, a tributação via impostos não pode impedir a realização dos direitos sociais mínimos para que o cidadão/contribuinte viva com dignidade.

A partir da premissa de que o princípio da capacidade contributiva tem a finalidade de assegurar o piso mínimo vital, servindo de limite ao exercício do poder de tributar, mister se faz uma releitura da interpretação e aplicação deste princípio, especialmente a partir da nova interpretação constitucional, no que se refere à capacidade contributiva objetiva e capacidade contributiva subjetiva.

Por capacidade contributiva objetiva entende-se aquela que se abstrai de “fatos-signo presuntivos” de riqueza, ou seja, de elementos reais que, de forma objetiva, expressam o fato gerador da obrigação tributária do imposto e que são indicadores do grau de riqueza ou pobreza. Desta forma, individualiza-se a capacidade econômica do contribuinte a partir de seus bens.

Para melhor exemplificar, se uma pessoa herda uma mansão, ainda que seja economicamente desprovida de condições econômicas de realizar o mínimo indispensável para viver com dignidade, não importa, pois presume-se de forma absoluta que possui condição econômica de pagar o IPTU sobre a propriedade da mansão porque a mansão, por si, já é um indicativo de capacidade econômica. Consequentemente, se de fato não há condição econômica



de se pagar o imposto incidente sobre a propriedade de alto valor, deve então o contribuinte se desfazer da propriedade.

Por outro lado, a capacidade contributiva subjetiva é a expressão da efetiva capacidade econômica para pagar imposto. Esta capacidade econômica só pode ser aferida após ter o contribuinte realizado plenamente seus direitos sociais, que refletem o mínimo indispensável para uma vida com dignidade. Em outras palavras, só há de se falar em capacidade contribuinte com o *plus* patrimonial e de renda do contribuinte, depois de realizado o mínimo vital.

Nesta linha de raciocínio, independente da renda do contribuinte, se o gasto por ele realizado para viver com dignidade, atendendo ao piso mínimo vital for excessivo, não haverá que se falar em capacidade contributiva. Tal situação pode ser evidenciada quando realiza gastos excessivos com saúde, por exemplo, quando grande parte da renda é voltada para custear tratamento de saúde.

Paulo de Barros Carvalho trata da diferenciação quando delimita o conceito de capacidade econômica do contribuinte, previsto no § 1º do art. 145 da Constituição Federal:

Havemos de considerar que a expressão tem o condão de denotar dois momentos distintos no direito tributário. Realizar o princípio pré-jurídico da *capacidade contributiva absoluta ou objetiva* retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza. Esta é a capacidade contributiva que, de fato, realiza o princípio constitucional previsto. Por outro, também

é *capacidade contributiva*, ora empregada em acepção *relativa ou subjetiva*, a repartição da percussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento.

Partindo da visão positivista clássica, construiu-se no Brasil uma interpretação, ainda considerada majoritária, de que o princípio da capacidade contributiva expressa a capacidade contributiva objetiva, fundada no fato signopresuntivo de riqueza, ou seja, a partir dos objetos que perfazem o aspecto material da hipótese de incidência é que se presume, de forma absoluta, a capacidade contributiva do contribuinte.

Segundo Roque Antônio Carrazza:

A capacidade contributiva a qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é *objetiva*, e não *subjetiva*. É *objetiva* porque se refere *não* às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas *manifestações objetivas de riqueza* (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar na Bolsa, praticar operações mercantis etc.).

Assim, atenderá ao princípio da capacidade contributiva a lei que, ao criar o imposto, colocar em sua *hipótese de incidência* fatos deste tipo. Fatos que Alfredo Augusto Becker, com muita felicidade, chamou de *fatos-signos presuntivos de riqueza* (fatos que, *a priori*, fazem presumir que quem os realiza tem

riqueza suficiente para ser alcançado pelo imposto específico). Com o *fato-signo presuntivo de riqueza* tem-se por incontroversa a existência de capacidade contributiva.

Entendendo de forma diferente as noções de capacidade contributiva objetiva e subjetiva, Misabel Abreu Machado Derzi, em atualização à obra de Aliomar Baleeiro, sustenta que “O princípio da capacidade econômica, *do ponto de vista objetivo*, obriga o legislador ordinário a autorizar todas as despesas operacionais e financeiras necessárias à produção da renda e à conservação do patrimônio, afetado à exploração”. Continua na distinção: “*Do ponto de vista subjetivo*, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família”.

Há ainda quem, já à luz da nova hermenêutica constitucional, faça a distinção entre capacidade contributiva objetiva como regra e capacidade contributiva subjetiva como princípio. Enquanto princípio, aplicar-se-ia a todos os tributos, e não apenas aos impostos, tendo como destinatário o legislador infraconstitucional. Por outro lado, como regra, também tendo como destinatário o legislador, traz a possibilidade de escolher quais elementos indicativos da economia individual vão integrar o aspecto material da hipótese de incidência. Neste sentido, tem-se a lição de Luís Eduardo Schoueri.

Indo além dessa possibilidade, não aceitando o reconhecimento da capacidade contributiva enquanto regra, mas unicamente como princípio, é forçoso rever como deve acontecer a interpretação do art. 145, § 1º, da CF/88

para que seja possível utilizar o princípio da capacidade contributiva para conciliar a obrigação tributária de pagar impostos com a dignidade da pessoa humana, de modo a não transformar o imposto em instrumento meramente arrecadatório, sobrepondo-se, inclusive, à necessidade de atendimento do piso mínimo vital.

A máxima efetividade do princípio da capacidade contributiva como meio de promoção da dignidade da pessoa humana só acontece através de uma única interpretação, qual seja, a de que a real condição econômica do contribuinte deve ser levada em conta na exigência de impostos, devendo existir mecanismos que sejam capazes de individualizar os contribuintes em relação à sua capacidade real de contribuir apenas com o excedente obtido após a realização dos gastos necessários à promoção do mínimo vital para o contribuinte e sua família viver com dignidade.

É justamente neste sentido que Misabel Derzi se posiciona:

A capacidade econômica subjetiva corresponde a um conceito de renda ou patrimônio líquido pessoal, livremente disponível para o consumo e, assim, também para o pagamento de tributo. Dessa forma, se realizam os princípios constitucionais exigidos da *pessoalidade* do imposto, *proibição do confisco e igualdade*, conforme dispõem os arts. 145, § 1º, 150, II e IV, da Constituição”.

Também Sacha Calmon Navarro Coelho comunga deste mesmo entendimento ao afirmar que

A capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*). É subjetiva quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada etc). Aí temos ‘signos presuntivos de capacidade contributiva’. Ao nosso sentir, o constituinte elegeu como princípio a capacidade econômica real do contribuinte.

Podem ser citados como mecanismos para alcançar esta finalidade as deduções realizadas na base de cálculo; o emprego de alíquotas progressivas, aumentando conforme a base de cálculo vai sofrendo aumento; através do emprego de alíquotas seletivas, de acordo com os mais variados critérios, dependendo do fato gerador do imposto, podendo ser a essencialidade do produto, tal como acontece com o ICMS e com o IPI, ou ainda a destinação e utilidade do bem, como acontece com o IPTU e o IPVA, por exemplo. Também é admissível através do emprego da tipicidade aberta na descrição da hipótese de incidência, dando margem à administração tributária para apurar os elementos pessoais de cada contribuinte na apuração do imposto.

Não há dúvida, portanto, de que à luz da nova interpretação constitucional, incorporando-se valores na busca do real sentido das normas, o princípio da capacidade contributiva que prevalece é aquele que leva em consideração apenas a capacidade contributiva subjetiva, pois apenas levando em consideração as reais condições econômicas de cada contribuinte, é possível identificar o grau de sua capacidade contributiva sem que a exigência fiscal afete o piso mínimo vital e atinja a dignidade da pessoa humana.

## Conclusão

O princípio da capacidade contributiva é corolário do princípio da igualdade, atinente ao Direito Tributário. Em verdade, além de ser um princípio, revela-se como garantia do contribuinte de ver respeitado, em relação aos impostos, suas condições econômicas para que não seja afetado em seu piso mínimo vital, ou seja, para que a tributação não venha a impedir a realização dos direitos sociais mínimos para que o cidadão/contribuinte viva com dignidade.

Isso porque, partindo da visão positivista clássica, construiu-se no Brasil uma interpretação, ainda considerada majoritária, de que este princípio se manifesta pelo atendimento da capacidade contributiva objetiva, fundada em fatos signo-presuntivos de riqueza, ou seja, a partir de elementos reais que, de forma objetiva, expressam o fato gerador da obrigação tributária do imposto e que são indicadores do grau de riqueza ou pobreza.

Todavia, em contraponto a esta capacidade contributiva objetiva, existe a capacidade contributiva subjetiva como expressão da efetiva capacidade econômica para pagar imposto. Esta capacidade econômica só pode ser aferida após ter o contribuinte realizado plenamente seus direitos sociais, que refletem o mínimo indispensável para uma vida com dignidade. Esta parece ser a melhor interpretação, a se coadunar com o maior fundamento da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana, já que a tributação não pode ser onerosa a ponto de atingir o mínimo vital indispensável para que o contribuinte e sua família vivam com dignidade, respeitados os seus direitos sociais básicos.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARRETO, Aires Fenandino; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Inconstitucionalidade da Progressividade prevista na EC nº 29/2000. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *IPTU: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Landin, 2002. p. 45-83.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2.ed. 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23.ed. São Paulo, Malheiros, 2007.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.

- COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. *Sistema tributário da constituição 1988*. Tributação progressiva. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LEMKE, Gisele. *Imposto de renda: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31.ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan./2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 15.08.2008.
- MOSCHETTI, Francesco. *Il principio della capacita contributiva*. Pádua: Cedam, 1973.
- PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *IPTU: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Landin, 2002.
- PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva Pinto. *IPTU. Política urbana e aspectos constitucionais*. Campinas: Alínea, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da



dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165-216.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 2004. 242 p. Tese (Livre Docência em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.



# Inclusão de incidente de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil

Artigo recebido em 21/03/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

**Kelly Cardoso Mendes de Moraes**

Mestranda do curso de Mestrado em Processo

e Cidadania pela Unipar – Umuarama

Tabelião-substituta do 1º Tabelionato de Notas

de Francisco Beltrão, Estado do Paraná

Rua Romeu Lauro Werlang, n.1068, centro, CEP-85.601-020,

Francisco Beltrão/PR

E-mail: kellycatm@hotmail.com

## Resumo

A sociedade consumerista transformou as relações negociais. O fornecimento de bens, produtos e serviços em

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Inclusão de incidente de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil - pp. 227-250

MORAES K. C. M. de

grande escala fez surgir contratos padrões – *standard* – que, consequentemente, aumentaram os litígios e a sobrecarga para o poder judiciário, servindo para o acúmulo de processos com direitos comuns e réus. As ações de interesses individuais homogêneos não abrangidas por completo pelos procedimentos difusos e coletivos exigem do legislador uma adequada regulamentação. O incidente de demandas repetitivas incluídas nos artigos do projeto do Novo Código de Processo Civil tenta suprir as lacunas da lei, mas, possivelmente, não da forma desejada pelos litigantes.

### Palavras chaves

Processos coletivos – demandas repetitivas – direitos – interesses difusos – interesses coletivos – interesses individuais

### Abstract

The consumerist society has transformed the business relationships. The supply of goods, products and services on a large scale has raised contract standards, which, consequently, increased litigation and burden on the judiciary, serving the backlog with common rights and same defendants. The actions of homogeneous and individual interests are not completely covered by the diffuse and collective procedures requiring a proper legislature regulatio. The incident of repetitive demands

included in the New Civil Procedure Code attempts to fill gaps in the law, but possibly not as desired by litigants.

## Keywords

Collective processes - repetitive demands - rights – other interests – collective interests – individual interests.

## Sumário

Introdução. 1 Origem do incidente de demandas repetitivas. 2 Incidente de demandas repetitivas no projeto do novo CPC brasileiro. Conclusão. Referências.

## Introdução

Após o marco da Revolução Industrial, as relações interpessoais deixaram de ser únicas, exclusivas, individuais, passando a ser massificadas, coletivas e padronizadas. Os bens, produtos e serviços são produzidos e fornecidos em grande escala - para atender a um contingente elevado - por meio de contratos *standard* - sejam eles formalizados ou eletrônicos – existindo uma relação sem “rostos” entre fornecedor/fabricante e consumidor. Aos adquirentes não é permitido modificar cláusulas, cabendo apenas consentir; mesmo que aquele bem seja essencial a sua existência – por exemplo, luz, água, telefone - devem aceitar as condições impostas.

Consequentemente, maior número de contratos, maior o número de litígios. Nesse sentido, pontua Angel Landoni Sosa: “La sociedad moderna plantea a los juristas nuevos desafíos. Ella nos obliga a repensar instrumentos procesales de que disponemos, para que se adecuen a esas nuevas realidades, de manera tal que faciliten el acceso a la justicia y posibiliten la efectividad de los derechos sustanciales em juego” (SOSA, 2005, p.453).

No Brasil, em proteção à tutela dos interesses difusos e coletivos, a legislação dispõe da Lei n. 7.347/85, de Ação Civil Pública; Lei n. 12.016/09, do Mandado de segurança Individual e Coletivo; e Lei n.4.714/65, da Ação Popular; e Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, Das Ações Coletivas para a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos, previstas nos artigos 91 a 100.

Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles, é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares que os individualiza, distinguindo-se uns dos outros (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular (ZAVASKI, 2011, p.146).

Conforme Teori Albino Zavaski: “[...] los *derechos individuales homogéneos* son, simplemente, derechos subjetivos individuales (= con titular determinado) y, por tanto, materialmente *divisibles* (= pueden ser lesionados o

satisfechos tanto con relación a todo el grupo de manera universal, como relativamente a cada miembro del grupo aisladamente). Las consecuencias en el plano procesal son muy significativas. Así, por estar conformados por unidades materialmente autónomas y con titulares individuales, permitiendo que su satisfacción o su lesión puedan ocurrir en forma universal y conforme o en forma individual y diferenciada, los derechos homogéneos permiten, en el plano procesal, que su tutela se realice mediante dos modos distintos: (a) por la vía usual de tutela de los derechos subjetivos individuales, por iniciativa del propio titular, en régimen de legitimación ordinaria y mediante procedimiento individual; y (b), alternativamente, por la vía de la acción colectiva, en régimen de substitución procesal y mediante procedimiento especial con características peculiares [...]" (GIDI, 2008, p.232).

Assim, o direito coletivo não abrangeria interesses individuais heterogêneos, que nada mais são, por exemplo, que várias ações de diferentes pessoas contra a empresa da Brasil Telecon, cada uma com seu processo individualmente interposto. Essas ações são qualitativamente significativas ao poder judiciário gerando acúmulos de processos e, consequentemente, abarrotamento do judiciário.

Devido à preocupação com essas ações massificadas ou repetitivas, são delineadas técnicas altamente discutíveis como a do julgamento liminar das ações repetitivas (art. 285-A<sup>1</sup> do CPC), das súmulas vinculantes (art. 103-A<sup>2</sup> da CF/1988 e Lei 11.417/2006), entre outras, que se preocupam mais com uma padronização superficial das decisões do que com a sua solução legítima e constitucional, uma vez que, para uma solução adequada, exigir-se-ia

uma percepção dos aspectos peculiares de cada caso, além dos aspectos idênticos que as pretensões isomórficas implementam (THEODORO JÚNIOR, 2019, p.11).

O projeto do Novo Código de Processo Civil, no intuito de complementar esses procedimentos anteriormente mencionados das ações repetitivas e obter maior otimização dos processos, maior efetividade, amplitude do acesso à justiça, respeito ao princípio da razoabilidade – sentença tempestiva e adequada -, incluiu os artigos 930 a 941 no chamado Incidente de Demandas Repetitivas, que será a seguir analisado.

## 1. Origem do incidente de demandas repetitivas

Antes de adentrar no procedimento inserido no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, é de suma importância analisar o instituto – semelhante em alguns pontos – que há algum tempo ocorre em outros países: na Alemanha, com o *Musterverfahren*; nos Estados Unidos, com a *class action*; na Inglaterra, com o *group litigation* prevista nas *Rules of Civil Procedure*.

Segundo as Regras 19.10 e 19.11 (1) do Código de Processo Civil inglês, um caso pode receber o tratamento de litígio coletivo – *Group Litigation Order (GLO)* – sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas (*GLO issues*). O procedimento coletivo pode ser determinado de ofício pelo órgão judicial ou requerido pela parte, devendo haver, todavia, consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para



se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas. E, caso a autorização para o processamento coletivo seja concedida, devem ser enviadas cópias da decisão judicial (*order*) que a admitiu para a *Law Society* e para o *Sênior Máster da Queen's Bench Division of the Royal Courts of Justice*, com o intuito de se dar conhecimento e publicidade sobre a existência da respectiva demanda coletiva, nos termos da diretriz prática n. 11 sobre *group litigation*. Não há, entretanto, qualquer imposição apriorística e absoluta no sentido de se proceder à notificação das demais pessoas interessadas (MENDES, 2010, p.52-53).

Ainda, em relação ao direito inglês, há que se destacar que o processo pode conter questões predominantemente coletivas e outras de natureza individual, possibilitando, portanto, a repartição do procedimento tendo em vista tais peculiaridades. Ou, ainda, consoante previsto na *Rule 19.15*, pode haver a determinação pela Corte para que haja um processo teste ou modelo (*test claim*), cujo resultado possui, *a priori*, efeito vinculante em relação às demais demandas previamente registradas.

A *class action*, narra a doutrina norte-americana, tem origem no *bill of peace* do direito inglês do século XVII, no qual era possível propor uma ação ou sofrer uma ação regulada pela *Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure* (TARUFFO, 2001, p.405), e, segundo Thomas D. Rower Júnior: “A ação de classe foi para o último terço do século o mais proeminente, mas de modo algum o meio exclusivo - e tem sido foco de muita controvérsia. Apenas algumas outras nações adotaram o dispositivo de ação de classe, mesmo de forma limitada, e em muitos

países, particularmente os sistemas de direito civil da Europa continental, resistência à ação de classe é forte, e as respostas a problemas de lesão generalizada às vezes são limitados”<sup>3</sup> (ROWE JR., 2001, p. 157-158).

A *class action* americana difere do *group litigation* inglês “because each group litigant is a member of a procedural class as a party, rather than as a represented non-party”<sup>4</sup> (ANDREWS, 2001, p.01).

Assim, na *class action*, o primeiro requisito é que haja uma classe identificável. A denominação de classe não possui acepção política, econômica ou social, mas, sim, significação ampla, que pode ser equiparada a conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, não se exigindo, inclusive, qualquer relação jurídica base entre elas (MENDES, 2010, p. 70). A ação só será admitida como coletiva – *typicality* -, segundo o previsto na *Rule 23 (a)(2)*, se houver uma ou mais questões de direito ou de fato que sejam comuns à classe. As partes representativas deverão, então, efetuar a justa e adequada proteção dos interesses da classe, concedida por meio de autorização ou mandato a outros titulares, ficando os interessados que não tenham participado do processo (*absent class members*) vinculados aos efeitos do pronunciamento judicial (MENDES, 2010, p.72;76-77).

O ordenamento processual alemão não possui regulamentação extensa e genérica sobre a tutela coletiva tal qual existe no Brasil. Ao contrário, optou o legislador tedesco por modificações normativas pontuais, havendo poucas leis preexistentes de qualquer tipo de tutela para direitos transindividuais (CABRAL, 2007). Porém, é no processo alemão que surge o procedimento de fixar

posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas (CABRAL, 2007, p. 132). Nesse sentido, havendo questões de fato *ou* de direito em processo individual, apenas autor ou réu fará pedido de incidente padrão (*Musterfeststellungsantrag*), o registro dar-se-á da mesma forma que o procedimento inglês.

Segundo Consolo e Rizzardo, citados por Antonio do Passo Cabral: “A grande objeção aos *test claims* é que o caso concreto (piloto) decidido pode conter peculiaridades que podem não ser típicas a outros casos. O *Musterverfahren* consegue evitar dissociar fato e direito na decisão coletiva, sem desprezar as particularidades de cada caso” (CABRAL, 2007, p. 133).

É importante, para este estudo, lembrar o Código Modelo de Processos Coletivos da Ibero-América - participando de sua formação Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi - aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas (GRINOVER, p. 03)

Ainda, segundo Ada Pellegrini Grinover, em comentário ao Capítulo IV do referido Código Tipo, o que se detém sobre “[...] as ações coletivas em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos e, particularmente, sobre a ação coletiva reparatória dos danos individualmente sofridos (a *class action for damages* norte-americana), é movida pelos legitimados sem necessidade de indicação da identidade das vítimas. Dá-se conhecimento do ajuizamento da ação aos possíveis interessados, para que possam intervir no processo,

querendo, como assistentes ou coadjuvantes, sendo-lhes vedado, porém, discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento. Cuidado especial tomou-se com as notificações. Em caso de acolhimento do pedido, a sentença poderá ser genérica, declarando a existência do dano geral e condenando o vencido à obrigação de indenizar a todas as vítimas e seus sucessores (ainda não identificados). Caberá a estes, individualmente ou pelos legitimados coletivos, provar na liquidação da sentença o seu dano pessoal, o nexo causal com o dano global reconhecido pela sentença, e quantificar o prejuízo individualmente sofrido. Mas o Código também prevê a possibilidade de o juiz, na sentença condenatória, fixar as indenizações individuais, quando isto for possível” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p.4-5).

Conforme observado, os modelos apresentados nomeiam um caso “piloto” para ser julgado e produzir efeitos em outras ações individuais interpostas, com intuito de melhorar o acesso à justiça, diminuir custos, tornar o processo mais efetivo e adequado ao cumprir o princípio da razoável duração do processo.

## **2. Incidente de demandas repetitivas no projeto do novo CPC brasileiro**

Em consonância com o exposto, o Projeto do Novo Código Civil apresenta-se, de certa forma, adquirente de algumas das características dos modelos estrangeiros, atendendo ao anseio de proteger a tutela de direitos individuais, não abarcada completamente pelas tutelas de direitos difusos e coletivos da legislação já existente.

Nesse sentido, o incidente de demandas repetitivas constitui-se de um momento nas ações interpostas em primeiro grau que ocorrerá ao se identificar controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente de risco de coexistência de decisões conflitantes conforme disposto no art. 930 do Novo CPC (MEDINA, 2011, p. 1206).

Desde logo deve ser destacado que o novo incidente, dado os requisitos para sua admissibilidade, visa apenas a tutelar direitos individuais homogêneos, não sendo possível a tutela de direitos coletivos em sentido amplo (difusos e coletivos). Da mesma forma, por uma interpretação literal, apenas questões de direito serão analisadas no incidente. Ou seja, não será admitido que o Tribunal se pronuncie sobre matéria de fato. Nesse ponto, o projeto se afasta tanto do GLO quanto do KapMuG<sup>5</sup>, pois, como referido anteriormente, em ambos é possível o pronunciamento tanto sobre questões de fato, quanto de direito” (ROSSONI, p. 27).

Arthur Mendes Lobo faz uma reflexão mais crítica aos artigos do incidente e, no que se refere ao pedido do incidente feito pelo juiz, “se a utilidade da instauração do incidente revelar-se uma questão de ordem pública e a decisão nele proferida terá efeito vinculante sobre todo o território em que há jurisdição do Tribunal prolator, teria sentido restringir os julgadores que podem instaurá-lo de ofício?” E continua seu raciocínio, questionando “o motivo pelo qual o Desembargador Vogal, por exemplo, não poderia pedir vistas em um julgamento de agravo de instrumento e, de ofício, insaurar o incidente, se verificado o preenchimento dos requisitos?” (LOBO, 2010, p. 235).

Arthur Mendes Lobo ainda faz menção ao princípio da imparcialidade e do contraditório, os quais não estariam sendo respeitados no momento do pedido incidente; de fato, o direito alemão nestes termos sobressai-se em relação ao direito brasileiro, quando, conforme mencionado anteriormente, permite apenas aos autores ou aos réus requerer o incidente.

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal - § 1º - I- pelo juiz ou relator por ofício; II- pelas partes, III- pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição, devendo ser instruída com documentos que comprovem a necessidade de instauração do incidente.

O Presidente do Tribunal a que se refere o artigo, segundo Dantas (2010), “envolverá o tribunal local (TJ ou TRF), e se houver matéria constitucional ou infraconstitucional em jogo, envolverá o Supremo e o STJ. Esse incidente será uma espécie de preparação para o julgamento do RE ou do REsp.”. Isso quer dizer que a Repercussão Geral, criada nos Recursos Especial e Extraordinário, não foi o suficiente para inibir o acúmulo de processos ao Superior Tribunal Federal, devendo o incidente de demandas repetitivas servir como limitador à última instância por meio de resolução de um caso “piloto” na primeira instância.

Nesse sentido, percebe-se que a intenção do legislador e do próprio poder judiciário é tornar o Supremo Tribunal Federal órgão exclusivo de julgamentos ímpares, deixando a cargo dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais a incumbência de última instância recursal e, além disso, retirar a sobrecarga do supremo e transferi-la aos tribunais estaduais e regionais.

Na sequência da análise do procedimento, após envio do pedido ao tribunal, o plenário reunir-se-á para julgar o incidente que, se for rejeitado, será retomado o curso dos processos (art. 933, § 2º NCPC). Pergunta-se: deverão retornar ao curso processos que ainda não foram suspensos pelo incidente? Subentende-se que, sem a determinação de suspensão - caso admitido o incidente - os processos estariam correndo normalmente, não sendo necessário retornar ao curso.

Em caso de admissão do incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão que julgará o incidente, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição (art. 934 NCPC), ou seja, se um processo individual, interposto em uma cidade do Estado do Paraná, tiver idêntica questão de direito com outros processos individuais, causando grave insegurança jurídica - se identificada a controvérsia - determinar-se-á a suspensão de todos os processos pendentes em homogeneidade de direito – requisitos estes que serão considerados na conveniência de adotar-se decisão paradigmática (art. 933, § 1º). Convém lembrar que isso ocorrerá no Estado em que houve a determinação. Porém, em nenhum momento, a legislação refere-se aos processos que serão interpostos após admitir o incidente; nestes, o juiz deverá proceder de que forma? O mesmo questionamento é feito por ALMEIDA e GOMES JÚNIOR (2011, p. 225): “[...] há dúvida ainda sobre o efeito da decisão do incidente. Seria somente efeito vinculante que poderá ser alterado? Ou, ao contrário, haverá coisa julgada material coletiva produzida em um incidente?”. Ainda, uma vez decidida a questão comum de direito pelo órgão

do Tribunal, o teor do acórdão será vinculante para os demais juízes e órgãos fracionários do Tribunal. Ao que tudo indica, trata-se de verdadeiro efeito vinculante e não de extensão da coisa julgada como no KapMuG. A reforçar essa ideia, vêm o art. 938<sup>6</sup> referir que a —tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e o art. 941<sup>7</sup>, caput, ao possibilitar reclamação caso não adotada a —“tese”. Com isso surgirá no direito brasileiro problema há muito enfrentado na *Common Law*, e até hoje não resolvido, de saber o que é vinculante em um precedente (ROSSONI, p. 29).

No que tange ao art. 938 – em substituição ao projeto do Novo CPC pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual)<sup>8</sup> –, a redação passaria a prever expressamente o efeito vinculante à tese do procedimento de incidente de demandas repetitivas, suprimindo eventuais e futuras dúvidas sobre os efeitos.<sup>9</sup> Além disso, incluiu-se, no projeto substituto, em complemento ao art. 938: “A tese jurídica será aplicada também aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar na área de jurisdição do respectivo tribunal até que o Tribunal revise-a. *Parágrafo único*. O Tribunal, de ofício, e os legitimados para exercer o controle concentrado de constitucionalidade poderão pleitear ao Tribunal a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 882, § 2º”.

Nota-se que a inclusão do art. 938-A prevê a aplicação da tese a processos futuros; o que era vago no texto anterior do art. 938, parágrafo único<sup>10</sup>, o qual se referia aos processos com idêntica questão de direito e que tramitassem em todo o território nacional – parágrafo

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Inclusão de incidente de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil - pp. 227-250

MORAES K. C. M. de



incluído na revisão ao anteprojeto do Novo CPC. Outro ponto interessante nesse art. 938-A é que resolve a dúvida em relação à competência para apreciação do incidente, principalmente a previsão expressa de observância ao art.882, § 2º. Ademais, esclarece outra dúvida do autor Arthur Mendes Lobo: “Caberá recurso contra a decisão? Agravo interno?” (LOBO, 2010, p. 239).

Ainda, referente aos recursos inerentes ao incidente de demandas repetitivas, o art. 941, prevê o recurso de reclamação à tese *não* observada pelo Tribunal, deixando de se referir que tipo de recurso caberia da tese que será observada pelo Tribunal, nesse sentido, o substituto do projeto do Novo CPC, como complemento, alterou o parágrafo único do art. 942, e incluiu o § 2º, passando a ter a seguinte redação: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: § 1º. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal do qual emanou a decisão que a fundamenta, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível. [...] § 2º. A hipótese do inciso IV compreende tanto a aplicação indevida da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas como a não-aplicação da tese aos casos devidos.”<sup>11</sup> (grifo no original)

Causa certa confusão a leitura do art. 933, *caput*, ao afirmar que a admissibilidade e o julgamento caberão ao plenário, contradizendo o art. 934, *caput*, que dispõe que é o presidente do tribunal quem determinará a suspensão dos processos pendentes; assim, o plenário julgará e o presidente, em decisão monocrática, suspenderá (LOBO, 2010, p. 239).

Ainda, o parágrafo único do art. 934 prevê que, durante a suspensão, poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem. Athur Mendes Lobo questiona: “havendo conflito entre a decisão do Presidente do Tribunal e do juízo de origem quanto ao prosseguimento de uma demanda, prevalecerá o que o juiz de origem decidir? Ou caberá reclamação ao Presidente?” (LOBO, 2010, p. 239).

Antes de admitir o incidente, o Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia; no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público (art. 935).

Arthur Mendes Lobo questiona se “haverá necessidade de juntar documento e de diligências se a tese dever ser ‘eminentemente de direito?’” (LOBO, 2010, p. 240). Neste ponto, discorda-se do autor, pois determinado sujeito de direito poderá conter documentos, não existentes no caso “piloto”, que reforcem a tese tanto do autor como do réu, auxiliando o futuro julgamento do processo.

Isso reporta ao problema da escolha do caso “piloto”. Um dos mais graves é justamente o critério para a escolha do *processo-piloto*. Ao contrário das ações coletivas em que a legitimidade para defender determinada coletividade decorre de previsão legal (com presunção de capacidade para atuar), não há como verificar se o processo escolhido para representar a controvérsia é realmente o melhor, o que as teses têm corretamente desenvolvido. Ao contrário do sistema norte-americano em que há toda uma fase de *certificação* do autor que atua em favor da *classe*, na forma

proposta não há mecanismos de controle no sentido de que o processo-piloto seja o que melhor representa o direito em discussão (ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2011, p. 222).

Faz-se, também, um comparativo da escolha do caso “piloto” no procedimento alemão – também adepto do registro; nesse sentido, escreve Antonio do Passo: “Interessante notar que a admissibilidade do Procedimento-Modelo é analisada e decidida pelo juízo de origem. [...] Para tanto, exige a lei que o juízo de origem seja aquele em tenha sido formulado, cronologicamente, o primeiro requerimento de tratativa coletiva. Determina ainda, como requisito para o início do procedimento coletivo, que, no período de 4 meses após a publicação no registro, tenham sido requeridos, neste ou em outros juízos, pelo menos outros 9 procedimentos-padrão paralelos, vale dizer, deve haver, no prazo fixado, 10 requerimentos do incidente-padrão que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas baseadas nos mesmos fundamentos (causas de pedir semelhantes). Se não for observado o número mínimo de requerimentos no prazo legal, deve o juízo rejeitar o requerimento e prosseguir no processo individual” (CABRAL, 2007, p. 134).

Intui-se que, na tentativa de resolver esta situação, o legislador tenha incluído o art. 935 e 936 para manifestação das partes – autor, réu, Ministério Público, Defensoria Pública, e demais interessados (sujeitos de direito) –, para não correr o risco de julgar um caso “piloto” incompleto de informações e pareceres; de que o escolhido é o adequado e de que realmente causará grave insegurança jurídica. Porém, da mesma forma, não soluciona por completo o problema sobre a decisão do caso “piloto”.

Em relação à publicação, quando da instauração do incidente, ela será sucedida da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 931, *caput*). Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro (parágrafo único, art. 931).

A expressão “mais ampla e específica” divulgação e publicidade indica que esta seria por meio de mais de um veículo de comunicação, mas, ao final, restringe-se à inserção no site do CNJ. Haverá obrigatoriedade de veicular as informações em outros meios de comunicação, tais como televisão, rádio, jornal impresso de grande circulação? (LOBO, 2010, p. 237). No que tange à publicação e informação do incidente, o substituto ao Projeto do Novo CPC incluiu um artigo importante, acrescenta o Capítulo VIII-A – Do Incidente de Concentração de Demandas: “Art. 941-A. Sem prejuízo do disposto no Capítulo anterior, deparando-se com diversas ações individuais com o mesmo pedido ou causa de pedir, ou o mesmo fundamento jurídico, o juiz notificará o Ministério Público e a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados à ação coletiva para, querendo, ajuizá-la.”<sup>12</sup>

O novo Código de Processo Civil seria o instrumento legal formalmente competente para conferir ao CNJ atribuição/competência funcional para cadastrar/registrar processos? Ou seria necessário alterar a lei infraconstitucional, ou até mesmo a Constituição Federal, que criou o CNJ e previu sua competência? Além disso,

não prevê prazo quando menciona a expressão vaga “imediatamente”. Deveria, portanto, haver um prazo, e, publicado – instauração e julgamento<sup>13</sup> - com os respectivos documentos anexos que lhe serviram de fundamento (LOBO, 2010., p. 237).

Após análise e admissão do incidente, as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para reconhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente, como também é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa (art. 937).

Observa-se um erro grave nesse artigo, já que o STF somente poderá suspender os processos se a matéria envolver ofensa à Constituição e o STJ somente quando houver ofensa à lei infraconstitucional. Segundo ALMEIDA e GOMES JÚNIOR (2011, p.222): “poderá ser deferida pela legislação ordinária competência não prevista na Constituição Federal?”

Convém apontar, ainda, as lacunas existentes na proposta. O incidente de resolução de demandas repetitivas também tem força para suspender ou impedir a propositura de ações coletivas? Em caso positivo, haveria benefícios para a sociedade? Em caso negativo, não seria possível ponto de conflito entre a decisão do incidente e a proferida na ação coletiva sobre as questões repetitivas? (ALMEIDA E GOMES JÚNIOR, 2011, 224).

Portanto, ainda há muitas dúvidas a serem

respondidas sobre o novo incidente de demandas repetitivas inserido no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

## Conclusão

Faz-se aqui uma rápida análise sobre o novo incidente de demandas repetitivas em comparativo a outros modelos já existentes.

De início, concorda-se com a importância de criar um procedimento para as demandas de interesses individuais homogêneos, não atingidas pelos processos coletivos já existentes, que sobrecarregam o judiciário brasileiro, melhorando o acesso à justiça, efetividade do processo, decisão em prazo razoável – justa e adequada, otimização dos processos. Porém, o procedimento intentado pelo legislador, nos artigos de incidente de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil, ao invés de soluções traz dúvidas.

O que torna arriscado o procedimento é a forma como se tentou adequar legislações estrangeiras sem extrair o que há de melhor delas e copiando algumas que são consideradas problemas – como o caso do efeito ser considerado vinculante.

Conclui-se, inclusive, que poderá ser aprovada uma norma inconstitucional ao que se refere à imputação de competência ao STF e ao STJ, que compete apenas à Constituição Federal. Além do mais, há que se observar a tentativa de limitar ao STF e ao STJ o grande número de processos de interesses individuais homogêneos. Estar-se-

ia tentando tornar o Superior Tribunal uma Corte Suprema sem a adequada estruturação.

Percebe-se que a intenção do legislador é interessante, todavia, para resolver um problema não se deve criar outros.

## Notas

- <sup>1</sup> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
- <sup>2</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
- <sup>3</sup> “The class action has for the last third of century been the most prominent but by no means exclusive mode – and has been a focus of much controversy. Only a few other nations have adopted the class action device even to a limited extent; and in many countries, particularly the civil law systems of continental Europe, resistance to the class action is strong, and responses to widespread injury problems are sometimes limited”.
- <sup>4</sup> Em tradução livre: “porque cada grupo litigante é um membro de uma classe processual como parte, e não como parte não representada”.
- <sup>5</sup> Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz - lei instituidora do procedimento-modelo para o mercado de capitais no direito alemão.
- <sup>6</sup> Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.
- <sup>7</sup> Art. 941. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribuna competente.
- <sup>8</sup> Substitutivo Apresentado por Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Diretores: Ada

Pellegrini Grinover (Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direito Processual); Carlos Alberto Carmona (Secretário-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual); Cassio Scarpinella Bueno (Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual) e Paulo Henrique dos Santos Lucon (Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual). PL nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, Código de Processo Civil. Disponível em: [www.nupej.uff.br/sites/default/files/Anteprojecto.pdf](http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/Anteprojecto.pdf), Acesso em 19 set.2011.

- <sup>9</sup> O texto, conforme projeto substituto ao Novo CPC ficaria com a seguinte redação: Art. 938. O julgamento do incidente será vinculante e julgado o incidente, a tese jurídica nele definida será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. (grifo no original)
- <sup>10</sup> Art. 938. *Parágrafo único.* Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, *a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.*
- <sup>11</sup> Substitutivo Apresentado por Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Op.cit.
- <sup>12</sup> Substitutivo Apresentado por Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Op.cit.
- <sup>13</sup> Em relação ao julgamento do incidente o art. 939 indica o prazo máximo de 6 (seis) meses, porém, não menciona a partir de quando será contado este prazo.

## Referências

ALMEIDA, Gregório Almeida de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil. Análise teórica e prática da proposta apresentada no Senado Federal.* 3 t. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

ANDREWS, Neil. *Multi-party proceedings in England: representative and group actions.* Cited: 11 Duke J. of Comp.



& *Int'l L.* 249 ano 2001, Disponível em: <http://www.law.duke.edu>, Acesso em: 20 jul.2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: prontos para uma reflexão conjunta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.82, 1996. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br>, Acesso em: 20 jul.2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. São Paulo: Repro, n.147, a.32, mai.2007.

DANTAS, Bruno. *Lei de Recursos Repetitivos Pode se Tronar Obsoleta*. Entrevistado por Eurico Batista. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-02/entrevista-bruno-dantas-integrantes-comissao-cpc>, Acesso em: 20 jul. 2011.

GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo iberoamericano. Comentários artículo por artículo*. Comentário: Teori Albino Zavaski (p. 231-239), México: Porrúa, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero-América, exposição de motivos*. Disponível em: <http://www.uj.com.br>, Acesso em: 20 jul. 2011.

LOBO, Arthur Mendes. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Repro, n.185, a.35, jul.2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *CPC Código de Processo Civil Comentado*. Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. Coleção Temas Atuais de

Direito Processual Civil – v. 4. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TARUFFO, Michele. *Some remarks on group litigation in comparative perspective*. Cited: 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 157 ano 2001, Disponível em: <http://www.law.duke.edu>, Acesso em: 20 jul.2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Repro, n.177, a.34, jul.2019.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *O “incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?*. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685>. Acesso em: 20 jul. 2011.

ROWE JR., Thomas D. *Debates over group litigation in comparative perspective: what can we learn from each other?* Cited: 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. ano 2001, Disponível em: <http://www.law.duke.edu>, Acesso em: 20 jul.2011.

SOSA, Angel Landoni. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. La cosa juzgada em los procesos colectivos. São Paulo: DPJ, 2005, p.453-469.

Substitutivo Apresentado por Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. PL nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, Código de Processo Civil. Disponível em: [www.nupej.uff.br/sites/default/files/Anteprojecto.pdf](http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/Anteprojecto.pdf), Acesso em 19 set.2011.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# **Caminhos do Humanismo: Autodisciplina e Justiça Participativa em prol da realização do Bem Comum na Internet**

Artigo recebido em 01/03/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## **Lafayette Pozzoli**

Advogado. Pós-doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela *Università “La Sapienza”*, Itália. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP. Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão do UNIVEM; coordenador e professor no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – e na Graduação do UNIVEM – Marília/SP. Professor na Faculdade de Direito da PUC/SP. Consultor Internacional em Legislação para pessoa com deficiência pela OIT – Organização Internacional do Trabalho. Consultor avaliador do INEP (MEC) para Cursos Jurídicos. Foi membro do Tribunal de Ética da OAB/SP - TED-1. Sócio efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo. Secretário Geral do Instituto Jacques Maritain do Brasil. Foi Professor Assistente no Curso de TGD, ministrado pelo Professor André Franco Montoro - Pós-Graduação PUC/SP. Publicou diversas obras: “Pessoa Portadora de deficiência – direitos e garantias”, 1ª ed. em 1992 (Edipro), 2ª

ed. em 2005 (Editora Damásio de Jesus); “Justiça dos Tribunais ou da Cidadania”, 1996 (Cidade Nova); “Maritain e o Direito”, 2001 (Loyola); “Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência”, 2006 (RT), coletânea organizada por Luiz Alberto David Araújo; “Gramática dos Direitos Fundamentais - a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois”, 2009 (Campus), coletânea organizada por Thereza Nahas, Norma Padilha e Edinilson Machado; Coordenou e publicou artigo no livro Matrizes dos Conceitos de Justiça, 2010 – Coleção Conpedi (Letras Jurídicas); Ensaio sobre filosofia do direito - Dignidade da Pessoa Humana, Democracia e Justiça. Coletânea organizada por Márcia Cristina de Souza Alvim e Lafayette Pozzoli, 2011, Educ/Fapesp. Endereço eletrônico: <lafayetterp@pucsp.br>.

### **Bruna Pinotti Garcia**

Advogada. Conciliadora do Setor de Família e Sucessões da Comarca de Marília/SP. Mestranda em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM; bolsista CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Monitora de Metodologia de Investigação da Ciência do Direito no Mestrado em Direito do UNIVEM. Pesquisadora do “Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet” do UNIVEM, cadastrado no CNPq. Desenvolveu iniciação científica, junto ao NAPEX – Núcleo de Apoio de Pesquisa e Extensão do UNIVEM, bem como seu trabalho de curso, na área do Direito e Internet (Ética na Internet). Foi estagiária no Ministério Público de São Paulo. Endereço eletrônico: <brunapinotti@univem.edu.br>

### **Resumo**

Desde o advento da sociedade informatizada, exigindo uma nova busca axiológica, tem-se discutido sobre quais novos caminhos o Humanismo deverá tomar. No presente, tem-se como base o conceito de obra comum, defendido por Maritain, abordando as possibilidades

de criação de um ambiente saudável na Internet, sob os aspectos da maximização do exercício da autodisciplina e de uma melhor conscientização social a respeito da justiça participativa.

## **Palavras-chave**

Sociedade informatizada. Ética e Humanismo. Autodisciplina. Justiça participativa.

## **Abstract**

Since the advent of the computerized society, requiring a new axiological search, it has being discussed the new ways Humanism should take. At present, it has been based on the concept of common work, championed by Maritain, addressing the possibility of creating a healthy environment on the Internet, under the aspects of maximizing the exercise of self-discipline and of a better awareness about participatory social justice.

## **Keywords**

Computerized society, ethics and humanism, self-discipline, participatory justice.

## Sumário

Introdução. 1. Sociedade informatizada e Internet: origem e peculiaridades. 2. Ética e Humanismo frente ao processo de informatização. 3. Caminhos do Humanismo: autodisciplina na Internet. 4. Caminhos do Humanismo: justiça participativa no ciberespaço. Conclusão. Referências.

## Introdução

A história da sociedade é marcada por vários eventos de grande repercussão, os quais influenciaram na transição de eras. A humanidade passou por períodos sombrios e outros de clareza intelectual, trilhando seu rumo ao progresso tecnológico que sobreveio recentemente. A Moral e o Direito, ora tidos como elementos da Ética, sempre fizeram parte desses períodos.

Quanto ao Humanismo nos moldes hoje conhecidos, surgiu no contexto posterior à 2<sup>a</sup> Guerra Mundial, como uma resposta às barbáries nela cometidas. Ocorre que em 1948 sobreveio o primeiro documento internacional que estabeleceu um rol de direitos inerentes ao homem, a serem assegurados independentemente de quaisquer condições: a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O conteúdo dos direitos humanos, que posteriormente foi levado à maioria das Constituições que possam ser consideradas democráticas, na verdade, é de forte cunho moral, envolvendo o dever de respeito ao próximo e de realização do bem comum. Embora Moral e Direito possuam conceitos diversos, aliam-se em uma base

comum de valores, normalmente percebida com maior intensidade no estudo do direito constitucional e dos direitos humanos.

Por isso, o presente artigo trata de duas questões relacionadas a estes valores inerentes à sociedade, uma mais voltada ao aspecto moral, que é a da autodisciplina, outra de cunho eminentemente jurídico, que é a da justiça participativa. As discussões sobre estes temas têm ganhado cada vez mais força no contexto da informatização.

Afinal, pode-se dizer que desde o início do século XXI a sociedade passou a viver numa era informatizada, na qual o próprio processo de globalização se intensificou. Neste cenário, os modos de relacionamentos entre as pessoas se inovaram, influenciando na superveniência de novos conflitos. O problema é que na Internet, por suas particularidades, há maior necessidade de conscientização moral das pessoas, num aspecto passivo e noutro ativo (justiça participativa). Com isso, torna-se possível a realização de uma obra voltada ao bem comum na Internet.

## **1. Sociedade informatizada e Internet: origem e peculiaridades**

A Internet é o meio de comunicação que, nas últimas décadas, muito influenciou na estrutura da sociedade, tanto é que se afirma que sobreveio uma nova era, a informatizada. Com os mais variados recursos, a rede permite uma interconexão plena entre os usuários, assegurando mecanismos para estes participarem ativamente na construção de seu ambiente.

Fazendo um retrospecto histórico que levou a este contexto, remonta-se à década de 1930, quando surgiu a primeira máquina apta a executar instruções lógicas e a armazenar informações, criada pelo matemático britânico Alan Turing (PAESANI, 2006, p. 21). Referida máquina, assim como a primeira rede de conexão de dados, surgiu para fins militares, atingindo um bom tempo depois toda a população.

A primeira rede de conexão de dados surgiu na década de 1960, durante a Guerra Fria, enquanto um sistema operacional norte-americano visava estabelecer uma comunicação eletrônica de dados entre os pontos estratégicos das bases militares. Surgiu a Arpanet, precursora da Internet (HAMANN, 2012). Basicamente, o objetivo da Arpanet era o de ser um sistema capaz de ligar computadores geograficamente distantes entre si através de um conjunto de protocolos (programas) que haviam sido desenvolvidos na época, chamado TCP/IP (COSTA, 2003, p. 251).

A partir dos anos 70, os computadores já haviam adquirido menores dimensões em comparação com o modelo de Turing, que ocupava cerca de sete salas e pesava toneladas. Isso coincidiu com o momento de convergência das redes de conexão de dados para o âmbito privado, inicialmente ganhando destaque nas cátedras das universidades dos Estados Unidos.

Com a Arpanet fechada para poucos, algumas universidades norte-americanas queriam ter uma rede própria. Em 1979, essas universidades ganham o apoio da National Science Foundation (NSF), dos Estados Unidos. [...] A instituição lançou em 1986 a



NSFNet com o objetivo de interligar redes, a “internet”, como foi escrito ou fazer uma rede de redes. [...] Ela estimulou redes regionais nos Estados Unidos e montou uma estrutura de conexões de internet no país. [...] Assim, em 1991, a NSF permite o uso da rede para fins comerciais e a partir de 1995 transfere sua estrutura para a iniciativa privada (OLIVEIRA, 2011, p. 25).

Diversos nomes se destacaram no movimento de criação da Internet, tanto fornecendo estrutura para a Arpanet quanto colaborando na criação de protocolos, como Leonard Kleinrock, Paul Baran, Donald Davies, Lawrence Roberts, Robert Taylor, Robert Kahn e Vinton Cerf (OLIVEIRA, 2011, p. 24-25). Ao Brasil, a Internet chegou em janeiro de 1991, e foi controlada pela FAPESP até 1998 (OLIVEIRA, 2011, p. 18-19).

Com a criação do padrão *World Wide Web* (WWW) por uma equipe de pesquisadores do CERN – Laboratório Europeu para Física de Partículas, permitindo ao usuário ter acesso aos mais variados serviços, sem a necessidade de conhecer inúmeros protocolos de acesso, a Internet se massificou (PAESANI, 2006, p. 26). Outro evento que também atraiu um maior número de usuários para a Internet foi o barateamento do custo de acesso.

As estatísticas demonstram porque o mundo vive a era informatizada: o número de usuários da rede em todo o planeta é imenso, principalmente se considerado que é relativamente recente o fenômeno do acesso à Internet, e cresce vertiginosamente. Por isso, a Internet tem ocupado cada vez mais espaço na vida de toda a população mundial, alterando o modo como ela se relaciona jurídica e socialmente.

Em 2011, 30,2% da população mundial tinha acesso à rede. Assim como em todos os anos da pesquisa, o continente com menor porcentagem de usuários é a África, com apenas 11,4% de sua população (5,7% do total de internautas); e o penúltimo continente da classificação é a Ásia, com 23,8% de sua população conectada, mas ocupando 44% dos usuários da rede. A maior porcentagem de usuários, 78,3% de seus habitantes (13% do total de 30,2%), é da América do Norte; em segundo lugar a da Oceania, com 60,1% da população conectada (no índice total 1%); em terceiro lugar a da Europa, com 58,3% de usuários entre seus habitantes (28,7% dos 30,2%). (INTERNET WORLD STATS, 2012).

Por ser um continente mais populoso, a Ásia ocupa em termos de número de usuários a primeira colocação. Contudo, a maioria das pessoas que ali vivem não possui acesso à Internet, pois a Ásia ocupa o penúltimo lugar no tocante ao fornecimento de acesso para a sua população, sem falar nos relatos de censura ao conteúdo, em prejuízo ao caráter democrático e libertário da rede. Nota-se, entretanto, que cada vez mais pessoas têm acesso à rede. Na África mesmo, onde o acesso ainda é pequeno, foi constatado um aumento de 2527,4% no número de usuários entre a população com relação aos dados da mesma pesquisa em 2000 (INTERNET WORLD STATS, 2012).

Quanto ao Brasil, hoje agrega-se grande número de usuários da Internet: em 2009, numa pesquisa feita pelo Comitê Gestor de Internet no Brasil, 43% dos brasileiros afirmaram ter utilizado o computador nos últimos 3 meses que antecederam a pesquisa, dos quais 58% afirmaram fazer uso diário e 30% fazer ao menos o uso semanal (BRASIL, 2010, p. 237-238).

Evidencia-se que a Web possui um espaço de imenso destaque hoje na sociedade, pois a população adaptou-se aos seus recursos e, mais do que isso, colocou-os numa posição essencial no âmbito das relações jurídico-sociais. Com efeito, “a lógica do funcionamento de redes, cujo símbolo é a Internet, tornou-se aplicável a todos os tipos de atividades, a todos os contextos e a todos os locais que pudessem ser conectados eletronicamente” (CASTELLS, 2006, p. 89). Castells (2006, p. 108) aponta as características da sociedade da informação:

- Tecnologias que surgem para agir sobre a informação e não apenas informações para agir sobre as tecnologias;
- Penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, uma vez que a informação é parte de toda atividade humana e todos os processos de sua existência são moldados pelos meios tecnológicos;
- Lógica diferenciada das redes, pois cada vez é maior a complexidade de interação e mais imprevisíveis são os modelos de desenvolvimento, que deve ser preservada por o não-estruturado proporcionar a inovação na atividade humana;
- Flexibilidade, posto que a sociedade é caracterizada pela constante mudança e fluidez organizacional;
- Convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, formando um todo difuso.

De fato, a Internet funciona de uma maneira diferenciada, com particularidades marcantes, como velocidade, mutabilidade e desterritorialização.

Final, “a velocidade ímpar dessa nova tecnologia não permitiu a absorção da informática em todos os segmentos

da sociedade” (PAESANI, 2006, p. 18). O aspecto da velocidade ficou evidente com o surgimento da transmissão de dados por banda larga (PAESANI, 2006, p. 26).

Neste contexto de alta velocidade no fluxo de informações, a cada dia surgem novos recursos na Internet. Basta pensar, por exemplo, na criação das redes sociais, que hoje tomaram conta da rede: surgiram em decorrência do sucesso de páginas como blogs e fotologs, que permitiam ao usuário postar informações e interagir com usuários que as comentavam; bem como das salas e programas de bate-papo, que autorizavam a troca de informações em termos semelhantes, mas apenas entre internautas conectados.

Daí se falar na mutabilidade da rede: a constante criação de recursos implica numa certa dificuldade de controle nos moldes tradicionais, ou seja, de coerção do Estado. Mesmo que o Estado tome atitudes para impedir violações ético-jurídicas na Internet, o constante fluxo das informações e a mutabilidade dos recursos leva a uma proliferação dos dados a serem retirados. Daí a importância de que o usuário se conscientize e participe para a manutenção de um ambiente saudável de convivência na Internet.

Ainda, este novo sistema de comunicação, veloz e mutável, gerou uma característica que pode ser descrita como a *relativização dos conceitos de espaço e tempo*.

O novo sistema de comunicação transforma radicalmente o espaço e o tempo, as dimensões fundamentais da vida humana. Localidades ficam despojadas de seu sentido cultural, histórico e geográfico e reintegram-se em redes funcionais ou em colagens de imagens, ocasionando um espaço de fluxos

que substitui o espaço de lugares. O tempo é apagado no novo sistema de comunicação já que passado, presente e futuro podem ser programados para interagir entre si na mesma mensagem (CASTELLS, 2006, p. 462).

Lévy (2003, p. 204) utiliza a expressão *desterritorialização* para designar a característica referente às mutações nos conceitos de espaço e tempo no ciberespaço, sendo que a implicância mais evidente do problema da desterritorialização se encontra no fato de que as legislações nacionais somente podem ser aplicadas dentro das fronteiras dos Estados, de modo que a regulamentação interna pode ser facilmente contornável, sendo possível a utilização dos chamados *paraísos de dados*.

Percebe-se a caracterização de uma nova era na sociedade desde o advento da informatização, que se deu principalmente devido à criação da Internet. A rede mundial de computadores mudou profundamente a sociedade e, com suas particularidades, passou a exigir uma maior conscientização social para a efetiva construção de uma obra comum.

## 2. Ética e Humanismo frente ao processo de informatização

O Humanismo, pensamento que ganhou forças no contexto do pós-guerra e hoje em dia, com enfoque mais constitucional, é de suma importância sob o aspecto de uma aplicação justa do Direito devido ao seu notável conteúdo ético.

Nas obras de Jacques Maritain, especialmente na intitulada *Humanismo Integral*, percebe-se o estabelecimento de diretrizes éticas como algo estritamente relacionado à formação de uma sociedade mais justa. O pensador, aliás, é considerado um percussor do Humanismo, trazendo em seus textos muito do conteúdo que foi levado à Declaração Universal de 1948, talvez devido ao fato de que quando foi escrita a primeira versão da obra estava ocorrendo o fortalecimento de regimes totalitários como o nazismo e o fascismo, após os reflexos da 1ª Guerra Mundial, que culminou na 2ª Guerra Mundial.

O Humanismo Integral constitui a filosofia que Maritain entendeu dever ser aplicada na sociedade para que ela se desenvolva de maneira salutar. Para tanto, o pensador acabou delimitando as principais características do agir moral individualmente considerado, devendo este compor a consciência de todas as pessoas que vivam em uma sociedade justa.

Maritain (1962, p. 06-07) destacou que com a Renascença o mundo passou de um regime sacral cristão para um regime humanista, possuindo esse humanismo fontes transcendentais consistentes na crença de um espírito superior ao homem e na defesa da dignidade humana e da liberdade. Tendo em vista o forte cunho religioso no tratamento da questão moral, o filósofo é considerado por muitos como um neotomista, isto é, defensor das ideias de Santo Tomás de Aquino, pensador cristianista.

Diferente de Tomás de Aquino, Maritain tratou da questão moral relacionando--a de maneira estrita com a vida em sociedade, propiciando uma reaproximação entre os conceitos de Moral e Direito, formando de certo modo

uma Ética una. Afinal, Maritain (1962, p. 94) defendeu a necessidade da tomada de consciência social. Expôs Maritain (1962, p. 96):

Não podeis transformar o regime social do mundo moderno senão provocando ao mesmo tempo, e primeiramente em vós mesmos, uma renovação da vida espiritual e da vida moral penetrando até os fundamentos espirituais e morais da vida humana, renovando as idéias [sic] morais que presidem à vida do grupo social como tal e acordando nas profundezas deste um novo impulso.

Quando o pensador estabeleceu o que seria a filosofia do Humanismo Integral, considerou quais os componentes de uma sociedade movida por tal filosofia que seria a sociedade justa; bem como as principais características que a pessoa deve possuir para impulsionar este modelo social, de onde se extrai o conceito de agir moral estabelecido pelo pensador, que se dá segundo determinados princípios e valores.

Assim, destacou Maritain (1962, p. 110) que “não variam os princípios, nem as supremas regras práticas da vida humana: mas se aplicam segundo maneiras essencialmente diversas, que só correspondem a um mesmo conceito segundo uma similitude de proporções”. A solução para controvérsias, para Maritain (1962, p. 110), está na filosofia da analogia, que considera que os princípios supremos não se aplicam sempre da mesma forma, ou seja, que o modo de aplicação destes através dos tempos é variável.

A consideração de que varia a forma de aplicação dos princípios supremos leva à compreensão de que os princípios e valores sociais evoluem, adequando-se às novas eras, mas mantendo certo conteúdo fundamental. No caso do processo de informatização, evidencia-se que certas particularidades demandam pela revisão de certos conteúdos éticos, efetuando uma nova busca axiológica, mas ao mesmo tempo conscientizando a população daquelas determinações eternamente válidas. No entendimento de Dupas (2000, p. 16), a sociedade pode e deve se submeter a uma ética, que deverá ser libertadora e visar o bem-estar da sociedade, nas gerações presentes e futuras, sem priorizar os interesses de uma minoria.

Para Maritain (1962, p. 105-130), a nova sociedade humanista deveria ser fundada por alguns caracteres, entre eles: comunitária, tendo por fim próprio da civilização o bem comum de um todo de pessoas humanas; e personalista, pois o bem comum não deve ser só o da sociedade, mas principalmente o do indivíduo considerado como pessoa humana.

Nesta linha, entendeu Maritain (1967, p. 40) que é necessário o desenvolvimento do Direito, bem como de um senso de honra e justiça e da amizade cívica: à justiça e ao Direito, por dizerem respeito à personalidade e possuírem a função de transformar a relação do todo individual e do todo social, cabe impor a lei ao homem como se este fosse um agente moral e dirigindo-se à razão e ao livre-arbítrio; ao amor cabe aceitar voluntariamente a opressão e a transformá-la em dádiva e liberdade, dando dinamismo e força à estrutura social.

Assim, a característica principal da sociedade



humanista integral é a da maximização do valor da pessoa humana. O homem é o centro da sociedade e é para ele que o bem comum deve ser voltado. Segundo Maritain (1967, p. 19-20), a sociedade

[...] visa a um bem que lhe é próprio e também uma obra, distintos do bem e da obra dos indivíduos que a compõem. Bem e obra estes, porém, são e devem ser por essência humanos, e por conseguinte pervertem-se caso não contribuam para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das pessoas humanas.

A realização de uma obra comum, se pensada a sociedade informatizada, consistiria na criação de um ambiente pacífico na Internet, com a divulgação de informações salutaras, não ofensivas, demonstrando um verdadeiro respeito pelo próximo.

Notadamente, o Direito relacionado à Moral exterioriza o valor do justo, posto que Direito enquanto guardião do valor justiça e Moral na qualidade de reguladora do melhor agir humano compõem o conceito de Ética. Montoro (2005, p. 323) ressalta:

É claro que o direito de cada época não coincide com a justiça, mas é o esforço para alcançá-la. Os elementos axiológicos, representados pelos valores de *bem comum, justiça, dignidade humana*, estão presentes em todos os momentos e fases da vida do direito, como critério e guia das decisões.

Tais valores, hoje, formam um conteúdo essencial do Direito, dotado, inclusive, de força normativa. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948,

iniciou-se um processo de internacionalização dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 52). Contudo, estes passaram por uma regionalização, sendo objeto de previsões no âmbito dos continentes e dos países individualmente considerados. Assim, os direitos humanos declarados foram objeto de previsões com abrangência regional (PIOVESAN, 2008, p. 237). Como os Estados assumiram perante os demais Estados o dever de preservação a determinados direitos, logicamente os incorporou, tanto pelo processo de ratificação quanto pela positivação expressa em lei ou na Constituição Federal, ao ordenamento jurídico interno. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais caracterizam a positivação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Tendo em vista que tais princípios adquiriram força normativa, viabilizou-se que a aplicação do Direito se dê exclusivamente com base nestes:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) das unidades ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema,

os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata (BARROSO, 2003, p. 327).

É importante, na era da informatização, que tal postura quanto à aplicação do Direito fique mais forte, pois permitirá que a Justiça acompanhe o dinamismo do ciberespaço em suas decisões. Além disso, a questão do agir ético na Internet ganha destaque, pois somente assim será possível construir uma sociedade informatizada justa, realizadora de uma obra comum.

Para o Pontifício Conselho, para as Comunicações Sociais (2007, p. 07), a pessoa e a comunidade de indivíduos são centrais para avaliar uma ética na Internet, sendo que o princípio ético fundamental que deve guiar a utilização da rede é o de que a pessoa e a comunidade são a finalidade e a medida de uso dos meios de comunicação; assim, o uso das novas tecnologias de informação deverá ser ponderado e orientado por um compromisso voltado à prática da solidariedade e ao serviço do bem comum, promovendo a justiça e a paz.

Dois aspectos que despontam neste cenário: são o do reforço da autodisciplina na Internet, no sentido de uma conscientização a respeito do seu bom uso de um número cada vez maior de usuários; e o da disponibilização de um número cada vez maior de mecanismos que permitam a realização da justiça participativa, pois numa sociedade justa todos devem ter o direito de participar da tomada de decisões e da manutenção da paz social.

### 3. Caminhos do Humanismo: autodisciplina na Internet

Os direitos humanos foram concebidos como proposta de um sistema de vida integral que abarcasse os âmbitos cultural, econômico, político e social, tanto no nível individual como no coletivo, e aplicável a todos, sem qualquer discriminação. Expressam um desejo de sobrevivência cada vez mais profundo à medida que crescem as ameaças à vida. Não se contentam em proclamar a sede da vida dos seres humanos, mas tentam permitir concretamente a sobrevivência. Jacques Maritain ensina, em seu livro *Humanismo Integral*, que o ser humano deve realizar uma obra comum na Terra: o amor. O verdadeiro fim da humanidade está em realizar uma vida comum terrena, um regime temporal de acordo com a dignidade humana e o amor. Trata-se de um trabalho árduo e heróico e que exige força de vontade, paciência e, sobretudo, fé de cada pessoa.

O que se espera da humanidade? Qual caminho seguir? Que ela tenha estruturas sociais, instituições e leis dignas, inspiradas no espírito de amizade fraterna, e que oriente cada vez mais vertiginosamente as energias da vida social para uma concepção de amor. Uma nova sociedade, baseada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico essencial. A sociedade é composta de pessoas humanas e tem como fim o bem comum coletivo. Este bem comum não significa simplesmente o bem individual, mas o empenho de cada um na realização da vida social dos demais, das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está na realização do bem comum de outro ser humano. Uma obra baseada em princípios humanistas incita

ao trabalho todos os seres humanos de boa vontade, todos aqueles que possuem uma noção destes ensinamentos, visto que poucos conhecem tais ensinamentos e, também, poucos os praticam em sua totalidade.

Na Internet, a individualidade da pessoa humana ganha outras dimensões, posto que ela pode se valer dos recursos informáticos para trazer à tona suas opiniões, manifestar-se sobre o conteúdo postado por outras pessoas, impedir que atos ilícitos tomem maiores repercussões, enfim, assumir posturas ativas e passivas no sentido de criar um ambiente saudável na Internet, em que todos recebam informações de qualidade e possam contribuir para a construção do conhecimento mundial.

Nesse novo contexto, exigem-se mudanças muito profundas na psiquê humana, que passa a ter o dever de refletir em seus atos os ensinamentos humanistas. Trata-se de alterações no regime da vida humana que devem realizar-se no coração, contribuindo para a construção de uma nova moral. O Humanismo realça, sobretudo, o valor do homem e da mulher como pessoa, isto é, como princípio autônomo e individual de consciência e responsabilidade, aberto à plenitude do ser e ultimamente orientado pela divindade.

A Internet é um espaço extremamente propício para o exercício das aptidões de consciência e responsabilidade, isto é eticidade. A razão para isso consiste, principalmente, no fato de a rede proporcionar recursos aos usuários para manifestarem seu pensamento e denunciarem violações às leis morais fundamentadoras dos direitos humanos. As expressões correntes utilizadas pela doutrina para designar este comportamento esperado do internauta são autodisciplina e autorregulamentação.

Na autorregulamentação se vislumbra a fortificação das relações de respeito às leis éticas independentemente da existência de uma norma jurídica e da coação. Contudo, no caso de um agente que não consiga controlar suas inclinações e aja de maneira contrária à moral, os usuários da rede irão aplicar-lhe uma sanção. São exemplos de sanções aplicadas na Internet: exclusão do grupo, permanente ou temporária; rejeição social, por meio do bloqueio; manifestações públicas de desprezo ao agente; remoção de textos e perfis do usuário.

No Messenger, programa de bate-papo on-line, é possível o bloqueio e a exclusão de contatos com os quais um usuário não mais pretenda manter conversas (WINDOWS..., 2012). Aliás, o mecanismo de bloqueio existe na maioria dos programas de tal natureza. Já o Twitter, uma conhecida rede social, possibilita que um usuário deixe de seguir o outro, mecanismo intitulado *unfollow* (TWITTER, 2012). No Orkut, rede de relacionamentos com o maior número de usuários brasileiros, é comum que na descrição das comunidades virtuais nele criadas sejam estabelecidas regras que deverão ser obedecidas por aquele que pretenda fazer parte do grupo. Por exemplo, a comunidade *Cinéfilos: amantes do cinema* estabelece que será expulso o usuário que promover discussões de baixo calão e que não será aceito o usuário que possua um perfil falso (CINÉFILOS..., 2012).

Assim, quem não obedece a determinadas diretrizes morais no uso da Internet irá sofrer sanções do grupo, isso sem falar na usual compatibilidade entre as atitudes imorais com os atos ilícitos, o que enseja a punição pelo Estado. Por exemplo, uma pessoa que profere ofensas no perfil de

relacionamentos de outra naturalmente será excluída por esta e, dependendo do grau da ofensa, perderá acesso ao site, sujeitando-se ainda às punições pela prática do crime contra a honra.

São variadas as diretrizes éticas que exteriorizam a esperada autodisciplina do usuário, entre elas: não criar, propagar ou divulgar propositalmente vírus ou códigos maliciosos; permitir ao usuário dizer quando gostaria de receber o spam e impedir o envio não autorizado dessas mensagens (sistema opt-in); não buscar informações particulares de maneira não autorizada pelo envio de programas ou códigos ou pela remessa de páginas ou e-mails fraudulentos; não fazer uso da Internet para ofender, por qualquer modo de divulgação, a imagem de outrem; não ofender a honra de terceiro fazendo o uso da Internet e não divulgar manifestações preconceituosas referente a determinado grupo de pessoas; não utilizar identidades alheias, salvo com autorização expressa e mencionando essa condição não divulgar informações sem atribuição ou com atribuição errônea de fonte; não deturpar o conteúdo de obra alheia; respeitar os conteúdos bloqueados pelo legítimo titular do direito do autor, recebendo em contrapartida o acesso a uma vasta gama de acessos da mesma natureza, ainda que sem a possibilidade de download (GARCIA, 2010, p. 114-128).

Na verdade, certas medidas de autocensura são essenciais para que se garanta a segurança do próprio usuário da rede, no sentido de fazer todo o possível para preservar sua identidade e seus direitos. Entre estas, aponta a ONG Safernet (2012): não publicar, em hipótese alguma, sobrenome completo, telefone, endereço, mensagens

abertas com dados sobre o local em que vai estar; selecionar a rede de amigos, não adicionando qualquer pessoa, principalmente se não conhecê-la pessoalmente; restringir o acesso às fotos, publicando-as o mínimo possível, com a preocupação constante de não divulgar hábitos ou locais frequentados; promover boas maneiras, não fazer na *Internet* o que não faria no mundo real, denunciando condutas criminosas que presencie.

Com efeito, nota-se que se tem firmado na *Internet* uma espécie de *netiqueta*, com a divulgação de diversos códigos de ética para determinados grupos e cartilhas com diretrizes gerais. Por exemplo, a Cartilha de Segurança para a *Internet* contém recomendações sobre como o usuário deverá agir para preservar sua segurança e se prevenir de fraudes por meio da rede (BRASIL, 2012). Por sua vez, a Associação Brasileira de *Internet* enviou uma proposta de Código de Autorregulamentação para a *Internet* ao Comitê Gestor de *Internet* no Brasil, buscando estabelecer diretrizes para a ação dos usuários (ABRANET, 2012).

Esses diplomas constituem regras informais, não vinculadas a nenhum diploma jurídico, com o único fim de determinar uma uniformização de condutas para aqueles que fazem uso da *Internet*. Conceituando, autodisciplina é a possibilidade de ação dos usuários da *Internet* regulamentando as situações que nela ocorrem, aplicando sanções e denunciando violações, ou seja, é a prática de um rol de condutas pelos usuários do ciberespaço apto a determinar as ações corretas no uso da *Internet* com o fim de estabelecer um agir ético unitário e sancionar aqueles que não lhe obedecem.

No pensamento de Paesani (2006, p. 19), a adequação



da sociedade a uma autorregulamentação é um desafio atual, bem como o exercício da liberdade responsável sem os excessos da intervenção estatal. Explica Paesani (2006, p. 37):

Das novas situações criadas, podem surgir contrastes de difícil composição entre os diversos sistemas de leis dos países interessados. O recurso direcionado à autodisciplina permitiria manter a liberdade da rede e, ao mesmo tempo, disciplinar toda forma de comportamento mantida na Internet por operadores e usuários.

De acordo com Peck (2002, p. 26), a criação de legislação específica não atenderia aos fins almejados pela sociedade da informação, que sofre com a relativização dos conceitos de espaço e tempo, motivo pelo qual há uma tendência de estabelecimento da disciplina jurídica através da autorregulamentação, pela qual as regras são criadas por participantes diretamente afetados pelos assuntos em questão, com propostas de soluções práticas capazes de atender ao dinamismo exigido pela Internet.

Tais regras poderão ou não ser compatíveis com o que é definido pela lei como ato ilícito. Uma atitude que viola a autodisciplina e também caracteriza um ilícito jurídico é o da prática dos cibercrimes, como furto de contas bancárias, burlando o sistema de *net-banking*, ofensa à honra de outrem por meio de publicações ofensivas em sites, etc. Por outro lado, falar palavrões, escrever com uso excessivo de recursos visuais (cores, *emoticons*, negritos, sublinhados) ou de caixa alta (WIKIPÉDIA, 2012) são atos

lícitos, mas que vão contra o bom senso e a preservação de um ambiente eletrônico salutar, até mostrando certa agressividade.

Da mesma forma, defende o Pontifício Conselho para as Comunicações Sociais (2007, p. 25-26) que a melhor forma de regulamentação na Internet é a autorregulamentação por parte da indústria, que deverá definir códigos éticos. Reforça Lévy (2003, p. 186) que são facetas da democracia eletrônica a auto-organização das comunidades virtuais e a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões no ciberespaço.

Naverdade, as possibilidades da autorregulamentação ainda não se encontram muito bem definidas, isto é, não se sabe ao certo até que ponto este recurso pode ser efetivo; se a sua eficácia foi maximizada pelos meios tecnológicos e se é possível fazer uso de um sistema exclusivamente autorregulamentador. Dificilmente, a autorregulamentação conseguirá, por si só, solucionar todos os conflitos no ciberespaço. Contudo, um norteammento moral mais amplo na sociedade virtual é possível e necessário para tornar efetivas as ideias fundamentais dos direitos humanos, transportando-as para o agir individual.

#### 4. Caminhos do Humanismo: justiça participativa no ciberespaço

O Humanismo remonta, acima de tudo, a uma mudança na postura do cidadão perante a sociedade. Não basta que ele faça sua parte e evite praticar atos danosos, é

preciso que busque criar na Internet um ambiente saudável, inclusive assumindo uma postura ativa, consistente em denunciar atos ilícitos que presencie na Internet e em utilizar dos recursos da rede para influenciar no cenário político-social.

O ensinamento humanista não diz que deve o ser humano se calar diante de injustiças, pelo contrário, deve denunciar a plenos pulmões a injustiça. O que se evidencia é que, a menos que se possua, por um título ou outro, uma jurisdição sobre o ser humano que comete uma injustiça, não cabe ao ser humano reprovar sua falta por meio do juízo arbitrário.

Segundo Castells (2006, p. 69), na sociedade informatizada, “pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo”. Tal característica decorre do próprio sistema estruturado nas redes de conexão como a Internet, que criou recursos variados que autorizam a denúncia de atos ilícitos, bem como a manifestação do pensamento para toda a sociedade.

A razão de se relacionar a questão da participação do internauta como um caminho do Humanismo na sociedade informatizada é a de que, dentro dos variados conceitos atribuídos à justiça, ora considerada como o valor que exterioriza a dimensão ética do Direito, um deles se refere à justiça participativa. Esta, por sua vez, ganha novos rumos devido aos mecanismos da rede mundial de computadores.

A origem histórico-filosófica do conceito de justiça participativa encontra-se nas discussões de Aristóteles, que estabeleceu três dimensões de justiça: distributiva,

comutativa e social. Em relação à justiça distributiva, Aristóteles (2006, p. 109) definiu o justo como uma espécie de termo proporcional que se resume no fato de que as distribuições devem ser feitas de acordo com o mérito de cada um. Já a justiça comutativa, ou corretiva, Aristóteles (2006, p. 110) explicou que surge tanto nas relações voluntárias quanto involuntárias, mas sempre em relações entre pessoas no mesmo plano. Por fim, em Aristóteles (2006, p. 105) a justiça social aparece quando este considerou justos os atos que visam preservar a felicidade e a sociedade política, ou seja, o bem comum.

Dos três conceitos de Aristóteles surge a dimensão da justiça participativa, que desperta a consciência das pessoas para uma atitude de agir, de falar, de atuar, de entrar na vida da comunidade em que se vive ou trabalha. Enfim, busca despertar esta consciência de que há uma obrigação de cada um para com a sociedade de participar de forma consciente e livre e de se inteirar total e habitualmente na vida social a que pertence (POZZOLI, 2006, p. 98).

Quem deve participar é quem vive na sociedade, é o cidadão, aquele que pode ter direitos. Participar é ao mesmo tempo um direito e um dever. O cidadão deve participar, esta é uma obrigação de todo aquele que vive em sociedade. E o cidadão deve ter espaço para participar, o fato de não participar em si já é uma injustiça. Com a ampliação do conceito de soberania e cidadania e, conseqüentemente, da responsabilidade do cidadão, torna-se ainda mais evidente esta necessidade de participar. (POZZOLI, 2006, p. 101-102).

A referência à justiça participativa, corolário do conceito de cidadania, é de fundamental importância

para a noção de ética, de um agir voltado para o bem da sociedade, que ganha grande repercussão na Web. Existem várias formas de participação do usuário da Internet na aplicação da justiça no ciberespaço, bastando que exista por parte dele vontade e consciência social de seu papel de cidadão responsável pela preservação dos direitos humanos de toda a coletividade, considerado o princípio da dignidade da pessoa humana. Podem ser apontadas: 1) denunciar atos ilícitos que presencie no ciberespaço, além de repreender todo aquele usuário que aja ilicitamente; 2) utilizar os recursos da Internet de modo a evitar que danos sejam causados a si mesmo, evitando que um terceiro por ele responda e que a máquina estatal seja mobilizada; 3) expor suas opiniões políticas na rede, criando sites, participando das discussões legislativas e votando nos orçamentos participativos on-line, sempre que existir tal possibilidade na esfera federativa em questão.

Quanto à primeira maneira, destaca-se que tem sido cada vez mais comum a criação de mecanismos de denúncia de atos ilícitos cometidos na rede que possam prejudicar o ambiente eletrônico tanto pelos sites que permitem a publicação de conteúdos quanto por órgãos específicos. No Brasil, a Organização Não Governamental Safernet criou um mecanismo de denúncia de cibercrimes referentes a diversas matérias, por exemplo, pornografia infantil, racismo, xenofobia, homofobia, intolerância religiosa etc. (SAFERNET, 2012). Ainda, o Orkut (2012) e o Facebook (2012) disponibilizam ferramentas que permitem a qualquer usuário que denuncie abusos praticados nos respectivos sites de relacionamentos.

Não obstante, no segundo aspecto de participação

suscitado, a atitude preventiva não deixa de ser uma postura ética, pois muitas vezes um terceiro irá responder por um dano que poderia ter sido evitado pela vítima. Isto é, nem sempre será possível punir de maneira imediata aquele que viola direito alheio por meio da Internet, mas em determinados casos um terceiro poderá ser responsabilizado pelo dano causado pelo infrator na esfera cível.

Por exemplo, é comum a condenação de bancos a restituir o consumidor em quantia indevidamente retirada por acesso não-autorizado à conta bancária. Nesse sentido: “RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato bancário - Transferência de valor de conta bancária, via Internet, não autorizada pelo correntista - Legitimidade passiva da instituição financeira, em ação que visa ao ressarcimento deste prejuízo [...]” (SÃO PAULO, 2010). Muitas situações dessa natureza poderiam ser evitadas se o usuário efetuasse o *logoff* da página de sua conta bancária, conduta que não é facilmente comprovada pela instituição responsável pelo ressarcimento, mas que poderia evitar que a violação do sistema ocorresse.

Também é uma conduta preventiva a manutenção de antivírus e semelhantes atualizados, deixando o computador menos vulnerável, conduta capaz de evitar a proliferação de códigos maliciosos pela rede, o que é prejudicial para toda a sociedade.

Os antivírus, que devem ser sempre mantidos atualizados, identificam e eliminam a maior quantidade possível de vírus e outros códigos maliciosos, analisam os arquivos obtidos na Internet, verificam discos rígidos, etc. Já os *firewalls* são capazes de impedir o acesso a um

*backdoor* se devidamente configurado em um computador, algo que não poder ser feito pelo antivírus, razão pela qual é ilusão acreditar que o computador pode estar protegido com apenas um mecanismo de defesa. (BRASIL, 2006, p. 09-11).

Não são apenas instituições financeiras e responsáveis pela manutenção de sítios na Internet que sofrem prejuízo com a postura descuidada do usuário: o próprio Estado vê sua máquina mobilizada para punir atos ilícitos que poderiam ser evitados com uma postura de autodisciplina por parte do usuário. Por exemplo, se um internauta divulga informações estritamente pessoais na rede, a princípio, está apenas se prejudicando. No entanto, se o crime organizado utiliza tais informações para cometer um furto, um sequestro, um estelionato ou qualquer outro ilícito, o Estado é mobilizado para investigá-lo e puni-lo. Daí a importância de tomar uma postura de autodisciplina não apenas voltada a terceiros, mas também a si mesmo, pois é de interesse da sociedade que sejam cometidos o mínimo de atos ilícitos possíveis.

Em último lugar, destacam-se as possibilidades de influenciar nas decisões político-jurídicas tomadas em sociedade. Os primeiros meios que permitiam tal influência eram os sites, como blogs, fotologs e sítios autônomos: com a divulgação das opiniões sobre as decisões políticas e a legislação vigente ou não, é possível atingir de maneira gratuita uma maior parte da sociedade, o que não ocorria tradicionalmente antes da criação da Internet. A partir daí, surgiram outros meios de divulgação dos pensamentos do cidadão, influenciando de modo cada vez mais direto na administração estatal.

As grandes movimentações nas redes sociais, que agregam relevante número de usuários, diariamente ganham destaque. Exemplo clássico foi o da contribuição para a queda de regimes ditatoriais no Oriente Médio:

Não era só impressão: uma análise quantitativa mostra que o Twitter e outras redes sociais foram o pivô das revoltas populares que derrubaram ditadores na Tunísia e no Egito no início do ano. A pesquisa do PITPI (Projeto sobre a Tecnologia da Informação e o Islã Político), da Universidade de Washington, analisou mais de 3 milhões de tuítes relacionados à Primavera Árabe. Ela conclui que, embora não tenham provocado a revolução em si, Twitter, Facebook, YouTube e blogs, nessa ordem, deram aos protestos velocidade suficiente para culminar na queda dos ditadores Zine Ben Ali, na Tunísia, em janeiro, e Hosni Mubarak, no Egito, em fevereiro. [...] Na Tunísia, onde 20% dos 10 milhões de habitantes usam redes sociais, 1 em cada 5 blogs analisava o governo no dia da renúncia; o quádruplo de um mês antes. Em um intervalo de dois meses, foram mais de 13 mil tuítes com a hashtag #sidibouzi, a principal da revolta. Já no Egito, 82 milhões de habitantes e 10% de acesso, foram mais de 2,3 milhões de tuítes com #egypt entre 14 de janeiro e 24 de março. (COELHO, 2011).

Há evidências de que ditaduras que sobreviviam há décadas foram pegas desprevenidas pela onda das redes sociais, um dos fenômenos mais recentes da sociedade informatizada. Com as redes, a população não precisa sair de casa para manifestar suas opiniões políticas, logo,



perdem certo medo da repressão direta. Quando o povo foi para as ruas se manifestar, já havia todo um movimento articulado e que vinha ganhando cada vez mais forças na Internet, chamando a atenção do mundo.

O Direito tem estado atento às novas possibilidades participativas proporcionadas pela Internet, o que se verifica pela existência de discussões prévias sobre projetos de lei em sites próprios, criados com o fim de ouvir sugestões da população. De maneira mais específica, surgiram os chamados orçamentos participativos.

Por exemplo, o Marco Civil da Internet (que hoje tramita na Câmara dos Deputados como PL n. 2.126/2011) foi elaborado com a discussão entre os usuários da rede, visando determinar os direitos e responsabilidades quanto ao seu uso, sem perder o foco no tocante à necessidade de preservar o seu dinamismo e liberdade. A experiência, aliás, foi apresentada à ONU. (MARCO..., 2012).

Já acerca do orçamento participativo, que tomou novas diretrizes na modalidade digital, considera-se:

O orçamento participativo é um importante instrumento de complementação da democracia representativa, pois permite que o cidadão debata e defina os destinos de uma cidade. Nele, a população decide as prioridades de investimentos em obras e serviços a serem realizados a cada ano, com os recursos do orçamento da prefeitura. Além disso, ele estimula o exercício da cidadania, o compromisso da população com o bem público e a co-responsabilização entre governo e sociedade sobre a gestão da cidade. (BRASIL, 2012).

Grandes cidades brasileiras já adotam o orçamento participativo, como Porto Alegre (RS), que foi a pioneira em sua implementação, e Belo Horizonte (MG) (WIKIPÉDIA, 2012). Há polêmicas que cercam a efetividade da governança eletrônica, questionando se toda a população é atingida pela implementação e se realmente é preservado o interesse público. Não entrando nesses pontos por razões metodológicas, apenas conclui-se que o orçamento participativo digital mostra claramente como a Internet pode facilitar a participação do usuário nas decisões governamentais, fazendo com que os falsos argumentos de impossibilidade de participação ativa percam ainda mais força.

## Conclusão

A Moral e o Direito, pelo elemento Justiça, compõem o conceito de Ética. Apesar de ser difícil delimitar de maneira precisa quais são tais atitudes que possam ser consideradas éticas, o senso comum da sociedade permite que no caso concreto se verifique qual a atitude esperada do ser humano perante os demais. Com efeito, evidenciase a importância da defesa de uma filosofia analógica por Maritain, que atento às mudanças sociais já havia previsto que os valores da sociedade tenderiam a se adaptar constantemente.

Na era da informatização surgiu uma demanda pela releitura de valores, muitos dos quais foram intensificados, outros dos quais vêm necessitando de certa revisão. Por exemplo, na rede aumentou de maneira expressiva

a possibilidade de exercício das liberdades em geral, principalmente de manifestação e acesso à informação. Em sentido oposto, as questões inerentes à propriedade intelectual têm sofrido debates acirrados, afinal, cada vez mais a população quer ter acesso a tudo que é produzido pela sociedade, enquanto os detentores dos direitos patrimoniais pretendem bloquear seus conteúdos. Os casos mostram como é preciso ponderar acerca das novas exigências éticas da sociedade, o que implica em determinar o âmbito de proteção dos direitos humanos, se preciso alterando o modo de interpretação.

Os caminhos do humanismo na rede mundial de computadores são os mais diversos, tanto positivos quanto negativos. Certos conflitos aumentaram, exigindo-se uma nova busca axiológica; por outro lado, novos recursos intensificaram o exercício de direitos inerentes ao homem de maneira nunca antes vista. A Internet acabou por dar novos rumos à autonomia da vontade, permitindo ao homem alcançar na prática o seu exercício, que somente é possível pelo acesso ao conhecimento e a divulgação da própria opinião.

Em tal contexto, passa a ser de interesse geral da sociedade a construção de um ambiente eletrônico saudável, com bons conteúdos e o mínimo possível de conflitos entre os internautas. Pode-se chamar tal ambiente de uma obra comum, voltada para o bem geral da sociedade. Considerando a manutenção de uma Internet salutar como obra comum, toma-se o pressuposto de que cabe a todos da sociedade dedicar-se a sua realização.

Dois aspectos essenciais encontram-se aptos a propiciar a construção de tal obra: o exercício maximizado

da autodisciplina e um melhor aproveitamento dos instrumentos de exercício da justiça participativa. Embora não se negue a grande importância de policiar as próprias atitudes no uso da rede mundial de computadores por meio da autodisciplina, a demanda axiológica da Internet é pela conscientização social, para que o cidadão participe das decisões tomadas na Internet e fora dela, influenciando no cenário político-jurídico.

## Referências

ABRANET: Associação Brasileira de Internet. **Código de Auto-regulamentação**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/index.php?id=140>>. Acesso em: 05 fev. 2012.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. POZZOLI, Lafayette. **Ensaio sobre filosofia do direito - Dignidade da Pessoa Humana, Democracia e Justiça**. Coletânea organizada por Márcia Cristina de Souza Alvim e Lafayette Pozzoli, 2011, Educ/Fapesp.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 309.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil em 2009**. São Paulo: Comitê

Gestor da Internet no Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.cetic.br>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. **Cartilha de Segurança para a Internet**. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. **Cartilha de Segurança para a Internet**, parte VIII: Códigos Maliciosos (*Malware*). Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/download/cartilha-08-malware.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Portal da Transparência do Governo Federal. **Controle Social – Orçamento participativo**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/controleSocial/OrcamentoParticipativo.asp>>. Acesso em: 07 fev. 2012.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

CINÉFILOS: Amantes do Cinema. **Descrição**. Disponível em: <<http://www.orkut.com.br/Main#Community?cmm=56569>>. Acesso em: 05 fev. 2012.

COELHO, Luciana. A revolução foi, sim, tuitada, mostra estudo. **Folha on-line**, 21 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/978717-a-revolucao-foi-sim-tuitada-mostra-estudo.shtml>>. Acesso em: 07 fev. 2012.

COSTA, Carlos Irineu da. Glossário. In: LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 251-260.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. São Paulo: UNESP, 2000.

FACEBOOK. **Perfil**. Disponível em: <<http://pt-br.facebook>.

com/facebook#!/facebook?sk=info>. Acesso em: 04 fev. 2012.

GARCIA, Bruna Pinotti. **Ética na Internet: os conflitos entre particulares no ciberespaço face às dimensões da liberdade e os princípios éticos como base de solução**. 2010. 150 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

HAMANN, Renan. **A evolução dos computadores**. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/9421-a-evolucao-dos-computadores.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

INTERNET World Stats. **Internet Usage Statistics: The Internet Big Picture**. World Internet Users and Population Stats. Disponível em: <<http://www.Internetworldstats.com/stats.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

MARCO Civil. **Página Inicial**. Disponível em: <<http://cultura.digital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**. Tradução Afrânio Coutinho. 4. ed. São Paulo: Dominus Editora S/A, 1962.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos do Homem e a Lei Natural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Marcos de. Nasce a Internet. **Revista Fapesp**. São Paulo, ano XVII, n. 180, p. 23-25, fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Primórdios da rede. **Revista Fapesp**. São Paulo, ano XVII, n. 180, p. 16-22, fev. 2011.

ORKUT. **Configurações de Privacidade: Central de**

Segurança e Privacidade do Orkut. Disponível em: <<http://www.google.com/support/orkut/bin/answer.py?hl=br&answer=48579>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PECK, Patrícia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTIFÍCIO Conselho para as Comunicações Sociais. **Ética na Internet**. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 2007.

POZZOLI, Lafayette. Justiça Participativa e Cidadania. **Revista Ibero-Americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito**. Vol. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, 2006. p. 93-112.

\_\_\_\_\_. GARCIA, Bruna Pinotti. O processo de inclusão digital: acessibilidade, justiça, cidadania e fraternidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui, SP: Boreal, 2011.

SAFERNET Brasil. **Denunciar**. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/denunciar>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Prevenção: dicas**. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/prevencao/dicas>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 991.06.018490-7**. Relator: Plínio Novaes de Andrade Júnior. São Paulo, 27 de setembro de 2010. Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 06 fev. 2012.

TWITTER. **Twitter Privacy Police**. Disponível em: <<http://twitter.com/privacy>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

WIKIPÉDIA. **Netiqueta**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Netiqueta>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Orçamento Participativo**. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Or%C3%A7amento\\_participativo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Or%C3%A7amento_participativo)>. Acesso em: 06 fev. 2012.

WINDOWS Live Messenger. **A Melhor Maneira de Manter Contato com os Amigos**. Disponível em: <<http://explore.live.com/windows-live-messenger?os=other>>. Acesso em: 06 fev. 2012.



# Para uma perspectiva Latino-americana e emancipatória dos Direitos Humanos.

Artigo recebido em 04/03/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## Leilane Serratine Grubba

Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Bolsista de Doutorado do CNPq. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI), e dos Grupos de Estudos Universidade Sem Muros (USM) e Direito e Literatura (LITERATO).

## Resumo

O trabalho tem por objeto a teoria da reinvenção dos direitos humanos. Mais precisamente, objetiva uma crítica jurídica e epistemológica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, efetivamente da Declaração Universal de 1948, em razão do idealismo da condição de humano

a-histórico dotado abstratamente de direitos. Focando-se na realidade latino-americana, proceder-se-á uma análise da conformidade da Declaração à realidade imanente na qual se desenvolve a vida. A importância dessa apreciação reside na necessidade de uma visão concreta do humano, como um ser com necessidades, rompendo-se com a lógica idealista. Existem limites ao idealismo, a saber, o humano concreto e contextual, que necessita de bens para uma vida digna. Permanece, então, uma importância de perceber que os Direitos Humanos, produtos culturais surgidos das relações das pessoas concretas com o entorno para a manutenção da dignidade, são perpassados por diversos fenômenos (complexidades): sendo influenciado economicamente, politicamente, ambientalmente, etc. Com base na realidade latino-americana, intentar-se-á argumentar a *teoria da reinvenção* de Herrera Flores, como forma de se pensar uma noção dos direitos que seja emancipatória e de empoderamento.

## Palavras-chave

Direitos Humanos. Idealismo. América Latina. Empoderamento.

## Abstract

The work aims at the reinvention of the human rights theory. More precisely, targets the legal and epistemological critique of International Law of Human Rights, effectively the Universal Declaration of 1948,

due to the idealism of the human condition, abstractly unhistorical endowed rights.

Focusing on Latin American reality, it will carry an analysis on the conformity of the Declaration in an immanent reality in which life develops. The importance of this assessment is the need for a concrete vision of the human as a being with needs, breaking with the idealistic logic. There are limits to idealism, namely the concrete human and contextual, which requires assets to a dignified life. It remains, then, a matter of realizing human rights, cultural products emerged from the concrete relationships of people with the environment to maintain dignity, steeped for several phenomena (complexities) are being influenced economically, politically, environmentally, etc. Based on the reality of Latin American, it will initiate argument on the theory of reinvention of Herrera Flores, as a way of thinking at the notion of rights which is emancipatory and empowerment.

## Keywords

Human rights, idealism, latin America, empowerment.

## Sumário

Introdução. 1 A questão do idealismo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2 A eficácia dos direitos humanos na América Latina: o ser humano a-histórico dotado abstratamente de direitos. 3 Caminhos para uma

teoria latino-americana imanente dos direitos humanos.  
Conclusão. Referências.

## Introdução

A teoria do conhecimento contemporânea, que remonta ao século XX, apesar de suas variadas vertentes de pensadores, em comum, procedeu a uma ruptura epistemológica com a ciência clássica, tanto de corte racionalista (DESCARTES, 2006), quanto de corte empirista (BACON, 2005).

Ambas as correntes, a racionalista e a empirista, ao postularem, cada uma mediante um pressuposto próprio, a dissolução da complexidade dos fenômenos para a promoção do entendimento do objeto do conhecimento, pautaram-se por uma análise meramente reducionista e idealista da realidade.

Todavia, apesar da moderna ruptura epistemológica, no âmbito teórico dos direitos humanos, é perceptível que a epistemologia do século XVIII, essencialmente a racional-idealista, aliada ao idealismo filosófico do mesmo século, continua a ser utilizada como fundamentação do discurso tradicional e ocidental dos direitos, presente, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como, por consequência, gera efeitos concretos na imanência da vida humana.

Quer dizer, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a máxima *idealista*, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, remonta aos séculos XVII-XVIII. Trata-se de uma lógica essencialista que, em pleno século XXI, continua a justificar um discurso

tradicional que preceitua direitos positivos a todos os seres humanos de modo abstrato e a-histórico, ocultando os contextos concretos nos quais o humano se situa em sua vida imanente, necessitado de bens materiais e imateriais.

Diante disso é que buscamos apresentar uma crítica a essa concepção idealista dos direitos humano, confrontando-a com o contexto latino-americano, no qual tal concepção se refere tão somente a um ser humano a-histórico, já que as violações aos direitos em muito se sobrepõe à sua eficácia. No segundo momento, dedicamo-nos a analisar a dignidade humana, especificamente no contexto latino-americano, para verificar a garantia imanente dos direitos humanos, com base em dados fornecidos pelo Relatório das Nações Unidas sobre o desenvolvimento humano.

Finalmente, este artigo foi ao encontro do seu objetivo principal: apresentar um caminho para se pensar uma teoria dos direitos humanos, com base nos postulados presentes na teoria da reinvenção, de Herrera Flores. Isto é, pensar os direitos humanos de maneira imanente, desde e para a realidade latino-americana. E assim, entendemos os direitos humanos no material do mundo, onde a vida se inicia, mantém-se e desenvolve-se, sempre com necessidades materiais e imateriais para perfazer a dignidade.

## 1. A questão do idealismo da Declaração Universal dos Direitos Humanos

No século XX, após as duas Guerras Mundiais e em meio à Guerra Fria, durante a qual a potência norte-

americana associou-se ao leque de países europeus que implementavam a política colonial e imperialista<sup>1</sup> e com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em nível mundial, que se pode falar do surgimento do conceito de Direitos Humanos que conhecemos hoje em dia.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, no preâmbulo ao Estatuto das Nações Unidas, houve um comprometimento com a defesa dos Direitos Humanos, para além das bases territoriais dos Estados.<sup>2</sup> E assim, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O texto deveria ser publicado como a causa a ser implementada. Desse ato, nasceu a categoria normativa que hoje em dia denominamos Direitos Humanos.

A proteção que as cartas políticas anteriores garantiram aos direitos dos cidadãos situava-se em âmbito interno dos Estados-nação. Já nesse segundo momento, a proteção dos direitos humanos passou a abranger universalmente a todos e todas, abstratamente, para além das fronteiras das soberanias estatais.<sup>3</sup> Assim, institucionalizaram-se normas de cunho supranacional, ou seja, de Direito Internacional, para garantir o resultado de lutas por dignidade humana e vida digna. Contudo, desde o reconhecimento dos Direitos Humanos como uma categoria voltada à garantia da vida digna, encontramos-nos em um paradoxo.

Por um lado, existe a intenção do Direito Internacional e das diversas nações a favor de implementar os direitos ali proclamados, não excetuados outros supervenientes, bem como de se estabelecer um mínimo a ser garantido

ética e juridicamente a todos os seres humanos. Por outro lado, os direitos individuais prevalecem sobre os direitos sociais e políticos, assim como os direitos humanos são sistematicamente violados.

Ora, a Declaração dos Direitos Humanos foi assinada em meio a um processo de descolonização e Estado keynesiano, de política pública interventora na economia. Nesse contexto de Guerra Fria e de reações social-filosóficas contra o início da expansão global capitalista, em 1948, as Nações Unidas, por meio da Declaração, entenderam que todos os seres humanos nascem iguais em direitos inalienáveis e liberdades fundamentais.

Surgida como consequência dos ideais de uma vertente do Direito Internacional, a Declaração aparece como uma máxima do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este, por meio de normativas internacionais, comprometeu-se a promover e a proteger os direitos de *todos* os humanos, iguais em dignidade e valor. E assim, em seu preâmbulo, a Declaração reconhece a dignidade de nascimento, que faz de todos os humanos iguais em direitos inalienáveis. Porém, a linguagem normativa detém caráter *deontológico*, caso contrário, não passaria de mera descrição sociológica.

Nos artigos 1º e 2º, a redação é diversa. Primeiramente, considera que todos os humanos *nascem* livres e iguais em dignidade e direitos. Após, que todos esses direitos referem-se aos direitos *dispostos* na Declaração, sem distinção qualquer, seja ela de raça, cor, gênero, religiosa, política, etc. Não se refere mais ao *dever ser*, ou seja, a luta por direitos e a sua posterior conquista, mas apresenta caráter *ontológico*: todos os que nascem humanos detêm

direitos humanos assegurados, tautologicamente, pelo simples fato de terem nascido humanos.

Contudo, quando percebemos que na vida concreta os direitos assegurados social e institucionalmente aos humanos diferem em razão direta à sua condição social, gênero, nacionalidade, etc., implica admitirmos que, por mais que não sejam respeitados e não haja possibilidade de exercê-los, os direitos estão ali garantidos.

Pois bem, trata-se, em última instância, a Declaração Universal, de um ideal do Direito Internacional dos Direitos Humanos que culminou numa construção universalista, que decorre das formulações oriundas do século XVII. Sobretudo, do ideal de ilustração e de sua consequente racionalidade, que fizeram com que a noção de *Direitos Humanos* adquirisse pretensão de *universalidade*.

A construção é simples. Somente a universalidade ou a possibilidade de universalização de determinado pensamento é garantia da racionalidade. Para ser racional, o pensamento deve ser passível de universalização. E assim, nessa mesma óptica, ou os *Direitos Humanos* são universais ou não são Direitos Humanos. Essa construção iluminista<sup>4</sup> e racional, por pretender-se uma teoria geral, fissura-se em contradições.

Por essa razão, o consenso dos Direitos Humanos é obtido de maneira ideal(ista) e genérica, da forma como eles são positivados (RODRIGUES, 1989, p. 35-56).

O quer queremos dizer é que esta Declaração Universal decorre do paradigma idealista e racionalista de corte cartesiano<sup>5</sup> que culminou no pensamento iluminista francês. Trata-se de um ideal que remete aos séculos XVII-XVIII, e que preceituou que todos os homens nascem livres

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012  
Para uma perspectiva latino-americana e emancipatória dos Direitos Humanos - pp. 289-319  
GRUBBA L. S.



e iguais por natureza, mas possuem direitos quando partes de uma sociedade (contrato social). Na realidade, a própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já se havia inspirado nos mesmos ideais.

À época, os direitos do homem tinham sua fundamentação na teoria *jusnaturalista*.<sup>6</sup> Extraído da natureza, o direito *natural* decorre de toda a natureza e, não necessariamente, da natureza *do humano*. Embora decorra da natureza, ao direito, foi necessário acrescentar o mundo do humano em sociedade. Mesmo assim, seu conteúdo, em que pese variável, derivou de um imutável núcleo (MIAILLE, 1979, p. 251-253). Nesse sentido, apenas os direitos inerentes à natureza humana eram tutelados (BOBBIO, 1992, p. 18).

Daí porque, em pleno século XX, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio da Declaração Universal tutela os direitos de um humano essencial e abstratamente dotado de direitos humanos, mesmo que concretamente não detenha dignidade ou vida digna. Assim, a Declaração estabeleceu como seu fundamento a dignidade intrínseca e os direitos iguais e inalienáveis a todos os seres humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Nesse sentido é que podemos dizer, conforme Rodrigues, que foi por meio “[...] desta ideia de direitos naturais da espécie humana, o discurso dos direitos humanos recorre a uma transcendentalização que os coloca fora da história e do contexto de seu surgimento e construção.” (RODRIGUES, 1989, p. 33-56).

Mais do que isso, o discurso místico dos direitos humanos transforma os humanos em seres universais

e essencialistas, ou seja, abstratos, deixando de lado os humanos concretos que vivem em sociedade.

Esse ideal de humano, para usamos a expressão de Bacon, reside no fato de que “[...] a forma de uma natureza dada é tal que, uma vez estabelecida, infalivelmente se segue a natureza. Está presente sempre que essa natureza também o esteja, universalmente a afirma e é constantemente inerente a ela.” (BACON, 2003, p. 77).

## **2. A eficácia dos direitos humanos na América Latina: o ser humano dotado abstratamente de direitos**

No âmbito dos Direitos Humanos, percebemos que, tradicionalmente, o arquétipo universalizador da concepção de dignidade humana apresenta um duplo problema na *idealização* de um modelo de ser humano, procedido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vejamos:

- a) O problema do contexto: imanência da vida; e
- b) O problema da universalização a-histórica do ser humano idealizado.

Em primeiro lugar, abordaremos o problema do contexto: a imanência da vida. Questionamos: acaso esses seres humanos, dotados internacional e abstratamente de direito, detêm uma vida concretamente digna? Ora, o que fazer quando as normas não correspondem aos fatos?

Por exemplo, o que poderíamos dizer do fato de que a escassez da água não encontra seu fundamento mais profundo na limitação dos recursos naturais, mas antes, nas raízes do poder, da pobreza e da disponibilidade:

aproximadamente 1,1 mil milhões de pessoas que habitam países em desenvolvimento têm acesso inadequado à água e 2,6 mil milhões não dispõem de saneamento básico?

A título de exemplo, mencionamos que as necessidades de água doméstica representam menos do que 5% da utilização total de água. Ainda assim, existe uma tremenda desigualdade no acesso à água potável e ao saneamento em nível doméstico. Em zonas de elevado rendimento de cidades da América Latina e da África Subsariana as pessoas usufruem do acesso a centenas de litros de água por dia, entregue em suas casas a baixos preços pelos serviços públicos de abastecimento. Entretanto, os moradores de bairros pobres têm acesso à bem menos do que os 20 litros de água por dia, menos do que o mínimo necessário para satisfazer as necessidades humanas mais básicas. (NAÇÕES UNIDAS, 2006).

No caso do Brasil, ademais, com base feita em uma pesquisa do Pnad/IBGE entre 1992 e 2001, registrou-se um aumento de 83,3% para 88,8% no percentual de domicílios que contavam com o abastecimento de água potável. Contudo, se fossem considerados os domicílios em razão da cor de seus habitantes, o indicador denunciou pronunciadas desigualdades entre brancos e negros, quer dizer:

Nas residências chefiadas por pessoas brancas, essa taxa subiu, ao longo do período tomado para análise, de 89,7% para 92,9%. Nos lares chefiados por negros, o índice passou de 73,6% para 82,5%. Tal como no caso da água potável, o acesso a saneamento básico é uma das condições imprescindíveis para que as pessoas possam gozar de boas condições de saúde. Em 1992,

dos domicílios chefiados por brancos localizados em áreas urbanas, 28,1% não contavam com esse tipo de serviço. Em 2001 essa taxa havia caído para 20,6%. Já nos lares chefiados por negros, o índice recuou de 56% para 41,3% no período considerado, mantendo-se o mesmo hiato. (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 79).

Trata-se de afirmar, por conseguinte, que em pleno século XXI, não somente existe uma desigualdade no acesso à água, do Brasil em comparação a países desenvolvidos, mas inclusive dentro do próprio território brasileiro, em virtude de desigualdades de cor/raça. Na realidade, o Brasil convive, há séculos, com o racismo como barreira ao desenvolvimento humano. Além disso:

A análise de indicadores desagregados por cor/raça e sexo não deixa dúvidas quanto aos aspectos fundamentais da questão racial na construção do panorama social do Brasil. Do total dos rendimentos de todas as fontes apropriadas pelas famílias brasileiras em 2000, 50% provinham de homens brancos e 24% de mulheres brancas (ou seja, a população branca respondia por 74% do total). Na outra ponta, os homens negros detinham 18% do total de rendimentos e as mulheres negras apenas 8%. Portanto, do total dos rendimentos disponíveis para as famílias no Brasil, apenas 26% tinham por origem alguma forma de remuneração de pessoas negras (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 60).

No que tange propriamente à medida multi-dimensional da pobreza, verificamos o número de pessoas pobres (sofre um determinado número de privações),

vindo a constatar que aproximadamente 1,75 mil milhões de pessoas dos 104 países analisados pelo IPM (índice de pobreza multidimensional) vivem em estado de pobreza multidimensional, isto é, com pelo menos um terço dos indicadores a refletir privações graves na saúde, educação ou padrão de vida. Conforme o Relatório, esse dado excede a estimativa de 1,44 mil milhões de pessoas que vivem com no máximo de 1,25 dólares por dia (NAÇÕES UNIDAS, 2010a, p. 8).

A América Latina é a região mais desigual do mundo. Segundo o relatório de desenvolvimento humano de 2010, para essa região geográfica, existem razões normativas e práticas que determinam que os altos níveis de desigualdade constituem um obstáculo para o avanço social. Além disso, as desigualdades entre grupos e pessoas, em razão de diferença de gênero, ou de origem étnica, também impactam o desenvolvimento humano da região (NAÇÕES UNIDAS, 2010b, p. 17 e 28).

Pois bem, quatorze dos quinze países mais desiguais do mundo pertencem a região da América Latina. Falamos, aqui, da existência da pobreza como um fenômeno multidimensional. Quer dizer, considera-se multidimensionalmente pobres as pessoas que sofrem em ao menos duas dimensões, ou seja, saúde, educação, renda, moradia, etc. No Brasil, no México e em El Salvador, é alta a porcentagem de pessoas que sofrem, inclusive, privação em quatro ou mais dimensões nas quais se manifesta a vida. (NAÇÕES UNIDAS, 2010b, p. 42-43).

Isso quer dizer que, por mais que idealmente todos tenham Direitos Humanos garantidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, pelo simples fato de,

tautologicamente, terem nascido humanos, concretamente, esses direitos garantidos não geram efeitos concretos na imanência da vida de todos.

Além disso, quando a Declaração afirma que *todos detêm esses Direitos* no momento em que nascem humanos, igualmente afirma, linguisticamente, a desnecessidade de atuação institucional para promovê-los, visto que existe uma identidade entre *nascer humano* e *deter Direitos Humanos*.

Ao confundir a linha que vai de um *dever ser* a um *ser*, ou seja, o caráter *deontológico* e o caráter *ontológico* e, mais ainda, de um *ser* a um *o que tem que ser* (*universalização*), a ideologia dos direitos humanos fundamentada no artigo 1.1 da Declaração Universal, além de apresentar uma definição tautológica, garante a clausura a qualquer tipo de alternativa.

Isso porque, ao proclamar que nós todos temos direitos por termos nascido humanos, transforma o *dever ser* em *ser*: em que pese não termos, na imanência do mundo, o direito (o acesso e os efeitos do direito), a linguagem normativa transformou o caráter *deontológico* em *ontológico* e parece que não mais há necessidade de lutarmos por um direito que já se tem, mesmo que dele não se possa usufruir.

Aí reside a importância de perceber que os *direitos humanos* devem ser vistos como *dever ser*, ou seja, todos devem ter uma vida digna, portanto, devemos lutar para conquistar esse direito no mundo concreto, nos contextos de relações humanas.

Quando falamos, ademais, que existe uma transformação do *ser* (o que é) ao que *tem que ser*, referimo-

nos à questão da universalização dos direitos humanos positivados, o que é perfeitamente funcional aos interesses expansivos e globalizadores do modelo de relações baseado no capital e culmina na transformação de uma visão local, a do ocidente hegemônico, no que *deveria ser*, segundo essa concepção, o universal (SAID, 1996; 2007).

Existe, portanto, uma interpretação ocidental dos valores que se quer universalizada. Independentemente das diferentes variantes de abordagem, todas compartilham uma premissa comum, a de que o modo de vida, de relacionamento humano e de valores ocidentais é superior e que o progresso moral exige a sua universalização. Só assim se garantiria a racionalidade e a legitimidade (MOUFFE, 2003, p. 23).

Contudo, em que pese a universalização de uma visão cultural dos direitos humanos ter contribuído para o desenvolvimento da qualidade de vida, variadas regiões e pessoas tiveram um recuo absoluto em sua vida concreta (saúde, educação, rendimento, etc.). Isso porque os melhoramentos não são automáticos. Pelo contrário, dependem essencialmente da gestão política, vinculação internacional para a captação de recursos, questão econômica, social e cultural, etc., fato que, conforme demonstrou o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2010<sup>7</sup>, das Nações Unidas, não existe um modelo único (universal) que leve ao desenvolvimento da qualidade de vida digna.

No que toca propriamente ao problema da universalização a-histórica do ser humano idealizado, devemos dizer que o universalismo dos direitos, preceituado pelo Direito Internacional dos Direitos

Humanos, por meio de sua Declaração Universal, ao não se pautar pelos contextos reais nos quais o humano se situa, ontologiza uma teoria que se impõe como medida ou, em outras palavras, que se situa no centro, enquanto ponto de referência para a interpretação das demais formas de vida e diferentes maneiras de se estar no mundo.

Isso quer dizer que, ao se postular um *eu*, sempre haverá ou *outro* que é diferente do *eu* e que deve ter seu valor medido a partir do marco de relevância *eu*. Podemos dizer, ao se postular um centro de valor, relega as demais formas de viver, estar e atuar no mundo para a periferia atomizada de exclusão. Vejamos mais detalhadamente.

Em suma, existe um problema de contexto. A vertente universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolve sua abstração da ideia de humano no vazio essencialista da natureza transcendental. Trata-se, portanto, de um fechamento hermenêutico da interpretação de suas premissas.

Obviamente que o problema de uma teoria não reside na *abstração*, pois todas as teorias, pelo fato de anteciparem racionalmente uma hipótese, abstraem os fatos para possibilitar uma análise do objeto de pesquisa: abstrai-se o incidental para a análise do fundamental. O problema reside na abstração do que é fundamental justamente para salvar um modelo teórico que se quer fundamentar como o único possível, provocando sua naturalização e relegando suas alternativas ao campo do irracional e do subjetivismo.

A concepção abstrata se enclausura na suposta racionalidade formal, reduz os direitos ao seu componente jurídico e postula a coerência interna do sistema normativo e possibilidade de implementação universal.



Segundo o pensamento de Miaille (1979, p. 48), essa concepção de *direitos humanos* é própria de um *universalismo a-histórico*, ou seja, quando uma ideia se transforma em explicação de tudo, ela traz como efeito o deslocamento do contexto geográfico e histórico nos quais as ideias e teorias foram efetivamente produzidas “[...] e constituem um conjunto de noções universalmente válidas (universalismo), sem intervenção de uma história verdadeira (não história). O pensamento idealista torna-se um fenômeno em si alimentando-se da sua própria produção.”. Assim, esse modelo de pensamento consegue se fazer *abstrato* ou seja, abstrair-se da própria sociedade que o produziu, para exprimir a pura razão e a racionalidade universal.

Não há como proceder a universalização, ademais, em razão de que o contexto no qual os direitos humanos foi tradicionalmente pensado, difere em muito das demais regiões do mundo, inclusive da América Latina.

Para termos uma pequena noção, basta lembrarmos, por exemplo, de que a América Latina e o Caribe são das áreas mais desiguais do mundo, muito em razão de desigualdades raciais e étnicas. Assim:

Um levantamento em 15 países constatou que em 14 deles os rendimentos per capita dos brancos eram nitidamente superiores aos da população não-branca (que inclui negros e/ou indígenas). A maior disparidade foi encontrada no Haiti, onde as famílias brancas recebiam rendimentos médios, por pessoa, 219% maiores que as famílias negras. As desigualdades étnicas aparecem com muito destaque também no

México (218,3%) e no Paraguai (214,2%), mas em ambos a comparação é entre brancos e indígenas. No Brasil, a diferença dos rendimentos domiciliares per capita entre brancos e negros é de 124,8%, índice que faz do país, entre as 15 nações estudadas, o sexto mais desigual. A Venezuela foi o único país onde o rendimento dos não-brancos apresentou-se superior aos dos brancos [...]. O mesmo estudo apurou a incidência da pobreza de renda nos grupos étnicos e raciais da região, utilizando como referência o valor internacional de US\$ PPC 1,00 por dia (Banco Mundial). Constatou-se que só no Haiti, na Costa Rica e na Venezuela a proporção de não-brancos entre os pobres era inferior à de brancos. No Equador, por exemplo, 61% dos indígenas e negros viviam com níveis de rendimento abaixo desse valor (entre os brancos o índice caía para 29%). Também no Panamá (54,7% de não-brancos pobres e 9,3% de brancos pobres), na Nicarágua (35% e 15%), na Bolívia (37,1% e 16%), em Honduras (26,1% e 4,7%) e na Guatemala (31,5% e 11,4%) foram constatados grandes desníveis. No Brasil, a metodologia do Banco Mundial indica que 5,4% dos brancos e 11,6% dos negros e indígenas viviam, em 2000, com menos de US\$ PPC 1,00 por dia. (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 62).

Contrariamente ao mito universalista, o próprio Relatório das Nações Unidas (2010a, p. 11) afirma que as tentativas de transplante de políticas e situações institucionais normalmente fracassam, visto que existe uma variabilidade contextual vinculada às limitações institucionais e políticas de cada região. Daí porque as políticas devem emergir dos cenários locais se intentarem

originar mudança. Em nosso caso, do próprio contexto latino-americano e de cada região em si considerada.

O que ocorre tradicionalmente, em suma, é o elogio à homogeneização e ao discurso mítico dos direitos humanos, fazendo com que se perpetuem os conflitos de identidades – étnicas, culturais, etc. –, os conflitos de manutenção das diferenças, bem como fazendo com que continuem a aumentar o bolsões de miséria e as desigualdades sociais, econômicas e culturais, abafando as vozes plurais e dissidentes sob o manto da globalização do capital transnacional.

O desenvolvimento humano não pode se pautar por políticas uniformes ou universalizadas. Precisamos reconhecer a individualidade dos países e das comunidades, em que pese a importância de princípios básicos a servir de base às estratégias e políticas de desenvolvimento das regiões.

### **3. Caminhos para uma teoria Latino-americana imanente dos direitos humanos**

Na realidade, precisamos de uma nova visão de mundo, de uma percepção do ser humano em sua complexidade. Isso significa perceber o ser humano como parte integrante do meio ambiente no qual está inserido.

Quando falamos que o humano é um ser antropológico, intentamos afirmar que além da esfera antropológica, o humano é condicionado, em que pese não determinado, pelo contexto social, temporal e geográfico do qual emerge. Em suma, é permeado pela sua

complexidade histórica, filosófica, ambiental, econômica, política, cultural, etc.

Apesar disso, no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o ser humano continua a ser vislumbrado como um ser abstrato dotado essencialmente de direitos positivados. Daí que postulamos uma filosofia não essencialista dos direitos humanos, que se situe na própria complexidade contextual de onde emerge, ou seja, para nós, a América Latina. Isso porque a noção de direitos humanos, de dignidade e de vida digna, para nós, deve estar intrinsecamente vinculada com nosso contexto político, econômico, social, ambiental, cultural, etc., ou seja, é complexo.

Dessa maneira, os direitos humanos não podem ser percebidos como uma categoria estanque e engessada, mas *se deve fazer* no transcorrer da história. Quer dizer, intentamos perceber os direitos como o resultado (sempre) provisório de lutas e não como uma categoria essencial que existe independentemente de sua violação na vida concreta.

Daí porque, para Herrera Flores (2009, p. 173), apesar de o *conceito de direitos humanos* ter surgido como a pretensão de estender a toda a humanidade a concepção mínima de vida digna, universalizou uma única concepção abstrata e essencial da condição humana, ou seja, percebeu toda a humanidade como um grupo homogêneo de indivíduos que busca a maximização de interesses individuais e deixou de se preocupar com as diversidades.

Para confrontarmos esse entendimento, delimitamos uma pequena análise ao território brasileiro. Em 2010, a aferição da satisfação das necessidades humanas,

qualidade de vida e justiça social, pelos indicadores da dimensão social (copilados pelo IDS 2010), revela uma melhoria da condição de vida da população brasileira. Todavia, persistiu a desigualdade social elevada, de sorte que, por exemplo, no ano de 2008, 43% dos domicílios foram considerados inadequados para a moradia humana. Ou seja, aproximadamente 25 milhões de domicílios não atendiam aos critérios de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário por rede coletora ou fossa séptica, coleta de lixo, etc. (IBGE, 2010).

Além disso, o PNAD 2010 aponta para o fato de que 0,7% da população brasileira detêm rendimento mensal superior a 20 salários mínimos, ao passo que a esmagadora maioria, 51,9%, recebe apenas de meio a dois salários mínimos. Além disso, salienta-se a discrepância entre as diversas regiões brasileiras. Por exemplo, no Sul do país, 2,9% da população recebem até  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo mensalmente. No Nordeste, 17,4% da população, e no Norte, 11,6%. Tanto no Nordeste quanto no Norte do país, apenas 2,5 % da população detêm renda mensal superior a cinco salários mínimos, muito embora no Sul do país, esse índice suba para 6,4%, a segunda maior taxa nacional, que apenas perde para a região Centro-Oeste, na qual o índice corresponde a 7%.

Diante das diversidades no acesso aos bens materiais e imateriais que perfazem uma vida digna, bem como aos valores que regem determinada população, não há possibilidade da homogeneização de um único arquétipo de ser humano ideal à universalização dos direitos.

Há que se atentar a cada sociedade em concreto e ao seu contexto imanente, pois é neste que a vida humana se

desenvolve: o tipo de escolarização, os valores, o grau de industrialização, as atividades de subsistência, a econômica, a política. Quer dizer, os direitos humanos devem ser um construído histórico e contextual para a garantia da vida digna.

Mais do que isso, se quisermos rumar à superação do estado de injustiça e de desigualdade reinante nos países subdesenvolvidos (países do Sul), é necessário que entendamos o funcionamento da estratégia de dominação efetuada pelos países desenvolvidos. É necessário percebermos que o discurso oficial encobre a realidade.

Em sentido parecido, Fleiner (2003, p. 23-25) percebe a categoria dos *direitos humanos* como um construído ocidental, daí a crítica provinda de culturas e modos de vida que não partilham dos mesmos valores e crenças. Opina para entendermos os *direitos humanos*, então, como os direitos de o humano conviver com os outros e com o mundo. Em razão de suas necessidades materiais e das limitações para satisfazê-las, o humano *deve ser* livre para individual e coletivamente buscar desenvolver-se.

No âmbito dos direitos humanos, por conseguinte, o racional que preceitua, essencial e idealmente, a garantia dos direitos em igualdade para todos os humanos faria a realidade concreta coincidir com esse postulado, pela lógica interna própria. Uma normativa de direitos que detém caráter deontológico, por mais que abstraia a ideia de um humano universal dotado de direitos pelo simples fato de ter nascido humano, não detém o condão de garantir concretamente a vida digna de todos.

Por conseguinte, se por um lado, existe uma

importância das normativas internacionais de direitos humanos, apesar de abstratas e essenciais da natureza humana, para se evidenciar um mínimo de dignidade a todos, por outro lado, devemos considerá-las como uma universalização de uma única visão de ser humano: a ocidental, que deve ser lida em seu caráter *deontológico* como um ideal a ser alcançado para a vida digna.

Os direitos humanos, em última instância e em fundamento, são essencialmente vinculados à dignidade, à vida digna e ao desenvolvimento humano. Isso quer dizer, são uma categoria que “[...] implica a construção de uma ordem de valores na qual a dimensão econômica e a política se transformem de fato em instrumentos de superação das privações materiais e culturais dos seres humanos [...]” (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 55).

Isso quer dizer requerer uma sociedade baseada na garantia de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A liberdade, sob esse prisma, tem de ser vivenciada como a possibilidade de cada cidadão realizar plenamente as suas potencialidades.

Os direitos humanos são imanentes quando relacionados à essência do desenvolvimento humano, que tem como pressuposto a “[...] a remoção dos obstáculos que restringem as escolhas dos indivíduos – obstáculos socioeconômicos, como a pobreza e o analfabetismo, ou institucionais, como a censura e a repressão política.” (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 6).

Assim, o que não podemos fazer é desconsiderar a importância da materialidade da vida humana. O ser humano necessita de água, de alimentos, de moradia, de vestimenta, de dignidade e, em primeira e última instância,

de capacidade de lutar pela sua visão cultural de dignidade e de vida digna.

Por isso, se a teoria não corresponde aos fatos ou, em outras palavras, as violações aos direitos humanos superam a sua eficácia, o que importa são os fatos, o concreto da vida humana. Daí a importância em considerarmos os direitos humanos como o resultado provisório das lutas por dignidade (empoderamento), desde e para a América Latina, local no qual nossa vida inicia-se e desenvolve-se.

Segundo o RDH regional da América Latina e Caribe de 2010, a desigualdade é uma das principais características para definir a história dessa região. Ademais, a desigualdade é acompanhada de uma baixa mobilidade social. Ainda assim, aposta na possibilidade da redução dessa situação, mas conquanto que a luta se centre não só na redução da pobreza, mas igualmente no desenvolvimento humano. Nesse sentido, a igualdade deve ser percebida conjuntamente com a liberdade, quer dizer, a ampliação a todos do acesso aos bens e serviços, mas também ao processo mediante o qual os cidadãos se tornam sujeitos ativos da luta por seu desenvolvimento (empoderamento) (NAÇÕES UNIDAS, 2010b, p. 7).

Assim, as políticas de desenvolvimento humano na América Latina devem ser entendidas desde e para a América Latina, pautada pelas condições objetivas dos territórios, como a qualidade, eficácia da representação política, bem como pela capacidade redistributiva do Estado (âmbito econômico), e pelas condições subjetivas que determinam os valores, aspirações e autonomia da população. Isto é, as propostas devem adequar-se ao entorno concreto de cada país (NAÇÕES UNIDAS, 2010b, p. 8).



Daí que um diagnóstico adequado das condicionantes das políticas públicas de cada contexto para o desenvolvimento humano é indispensável para a implantação das corretas ações públicas efetivas em matéria de redução da desigualdade e de promoção da dignidade humana. Para tanto, é imprescindível saber realistamente das limitações contextuais dos governos e dos recursos, para se determinar com precisão quais as áreas de ação prioritária, por exemplo. Ao lado das políticas públicas, importa a incorporação de elementos que promovam o empoderamento e o fortalecimento da cidadania, assim como a garantia do cumprimento dos direitos estabelecidos em cada sociedade em si considerada (NAÇÕES UNIDAS, 2010b, p. 60 e 127).

Por conseguinte, entender complexamente os direitos humanos implica em nos situarmos entre o ideal e a imanência: no concreto da vida (nas necessidades materiais e imateriais), mas ainda assim, traçarmos um ideal futuro pelo qual lutaremos para que detenhamos uma vida digna de ser vivida (HERRERA FLORES, 2009).

Os direitos humanos são, então, um tema de alta complexidade, pois percebemos que, para além das normativas abstratas de direitos, eles se situam na imanência da vida: estão inter-relacionados com todas as esferas da vida humana, seja ela cultural, filosófica, política, econômica, ambiental, etc.

E assim, por direitos humanos, em uma perspectiva latino-americana, entendemos a nossa luta cotidiana, em qualquer esfera na qual a vida se desenvolve, pelos bens materiais e imateriais que garantem nossa dignidade. E os direitos humanos não serão mais do que o resultado, sempre transitório, dessas lutas pela vida digna.

## Conclusão

A teoria tradicional do Direito Internacional dos Direitos Humanos e seu correlato discurso, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, são munidos, epistemologicamente, de pressupostos que remetem aos séculos XVII-XVIII, principalmente pelo racionalismo-idealista cartesiano.

Ao se transpor um humano idealizado, puramente europeu-ocidental, para uma universalidade abstrata, não mais se fez do que universalizar um culturalismo particular. Racionalmente, o intelecto abstraiu uma essência de humano universal e idealmente igual, dotada de direitos humanos, pelo simples fato de ter nascido humano.

A partir de uma filosofia que *desce do céu para a terra*, essa teoria tradicional, presente na Declaração Universal, deve ser compreendida em sua dimensão *deontológica* (*dever ser*) e, ainda assim, como uma abstração do humano, que necessita se vincular também aos humanos concretos.

Isso porque, se apenas percebêssemos os direitos humanos que detemos hoje em dia, tal como em sua máxima expressão, a Declaração Universal, como direitos que todos têm por ter nascido humano, apenas aventaríamos uma descrição ontologicamente sociológica. Existem limites ao idealismo do humano, a saber, o humano concreto, contextual e imanente, que necessita de bens materiais e imateriais para uma vida digna.

Por conseguinte, para nós, emerge a importância da epistemologia da complexidade. Segundo esse pensamento, quando intentamos conhecer um objeto, não devemos reduzir nossa atenção para um fenômeno isolado do real.

Pelo contrário, ao entender que a realidade se manifesta por meio de interconexões de fenômenos.

Existe, então, uma importância de perceber que os direitos humanos, produtos culturais surgidos das relações das pessoas concretas com o entorno para a manutenção da vida digna, é perpassada por diversos fenômenos (complexidades): sendo influenciada economicamente, politicamente, ambientalmente, culturalmente, e assim por diante.

No âmbito da América Latina, percebemos que a universalização de uma concepção a-histórica do ser humano dotado abstratamente de direitos não detém o condão de garantir, na imanência da vida, a eficácia dos direitos normativamente consagrados, tampouco da vida digna e da dignidade humana.

Na realidade, em uma perspectiva latino-americana, os direitos humanos, antes de serem vistos como entes jurídicos, devem ser percebidos como bens materiais e imateriais que perfazem uma vida digna.

Os direitos humanos são, então, um tema de alta complexidade, pois entendemos que, para além das normativas abstratas de direitos, eles se situam na imanência da vida: estão inter-relacionados com todas as esferas da vida humana, seja ela cultural, filosófica, política, econômica, ambiental, etc.

E assim, por direitos humanos, numa perspectiva latino-americana, entendemos a nossa luta cotidiana, em qualquer esfera na qual a vida se desenvolve, pelos bens materiais e imateriais que garantem nossa dignidade. E os direitos humanos não serão mais do que o resultado, sempre transitório, dessas lutas pela vida digna.

## Notas

- <sup>1</sup> Atualmente, o termo *imperialismo* serve para designar o sistema de relações políticas, econômicas, militares e culturais que aparece de maneira concreta nas sociedades coloniais ou dependentes, em que existe a violência decorrente do sistema capitalista (LENIN, 2000).
- <sup>2</sup> Nesta época, Kant publica sua obra *Para a paz perpétua*, que investiga a possibilidade de um direito cosmopolita (KANT, 2006).
- <sup>3</sup> Apontamos como exemplos de normativas internacionais dessa época: a *Declaração dos Direitos da Criança* (1959) e a *Declaração dos Direitos do Deficiente Mental* (1971).
- <sup>4</sup> A gênese da categoria dos *Direitos Humanos*, como concebida hoje em dia, decorre do ideal do iluminismo, que buscou fazer com que o homem saísse da sua minoridade (o elogio à racionalidade), ao propor: a) a autonomia da pessoa humana, para se guiar apenas pela razão; b) a primazia da liberdade individual e dos direitos da pessoa ante o Estado e à sociedade; e, c) a fundamentação da autonomia e liberdade na natureza, que confere aos *homens* direitos, deixando de lado as fundamentações transcendentais (ALDUNATE, 1991. p. 138-139).
- <sup>5</sup> Caracterizada por René Descartes (1596-1650), a vertente racional-idealista detinha a pretensão de unificar o conhecimento em uma base verdadeira. A possibilidade do intento residia na iluminação racional das certezas. Segundo a lógica cartesiana, se todos os humanos são dotados naturalmente de razão, a ideia principal reside em encontrar a certeza por meio das dúvidas. Isso quer dizer, ao se duvidar de tudo, encontramos um princípio de certeza: *se duvido, penso*. Contudo, essa certeza se refere tão somente à subjetividade, de sorte a não haver garantia da existência do mundo exterior. Aí, sequencialmente, em razão de que para pensar, necessitamos existir, poderemos afirmar: *se penso, logo existo*. Essa formulação apresentou a dualidade cartesiana entre a *alma* e o *corpo*. Mais do que isso, a comprovação daquele encadeamento *racional* reside na ideia de Deus, dotado de luz racional e fundamento da objetividade. Ou seja, ontologicamente, a existência da racionalidade de Deus garante a racionalidade de todos os homens. Por conseguinte, todas as ideias racionais são verdadeiras. O pensamento racional e essencialista de Descartes foi apropriado pelo iluminismo do século XVIII, como fundamento dedutivo da comprovação das construções abstratas do pensamento, em correspondência com a realidade do mundo concreto. (DESCARTES, 2006).

- <sup>6</sup> O *jusnaturalismo* foi o paradigma que acompanhou a modernidade, se configurando na base doutrinária das revoluções burguesas e no fundamento dos direitos do homem. Constituído pelos elementos da imutabilidade, universalidade e racionalidade via intuição ou revelação, etc., vinculava direito e moral. (LAFER, 1991).
- <sup>7</sup> O Relatório de desenvolvimento, conforme mencionou Sen, ao invés de “[...] se concentrar somente nuns poucos indicadores de progresso econômico tradicional (como o produto interno bruto per capita), o registro do ‘desenvolvimento humano’ propõe uma análise sistemática de um manancial de informação acerca do modo como vivem os seres humanos em cada sociedade e de quais as liberdades substantivas de que desfrutam. [...] Contudo, a dificuldade de substituir um número simples como o PIB por uma avalanche de tabelas (e um grande conjunto de análises relacionadas com as mesmas) é que a esta última falta a usabilidade conveniente de algo tão directo como o PIB. Assim, para rivalizar com o PIB, foi concebido explicitamente um índice simples, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), concentrado apenas na longevidade, no ensino básico e no rendimento mínimo. [...] o IDH fez o que se esperava dele: funcionar como uma medida simples semelhante ao PIB, mas, ao contrário deste, sem deixar de fora tudo o que não sejam rendimentos e bens. Contudo, a enorme amplitude da abordagem do desenvolvimento humano não deve ser confundida, como por vezes acontece, com os limites estreitos do IDH.”. Até porque, concretamente, os novos desafios se intensificaram, vindo a abranger questões ambientais e de sustentabilidade do bem-estar, bem como as liberdades (NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. v-vii).

## Referências

ALDUNATE, José (Org.). *Direitos humanos, direitos dos pobres*. Série V. Desafios da vida na sociedade. São Paulo: Vozes, 1991.

BACON, Francis. *Novum Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Pará de Minas: M&M Editores, 2003.

BRASIL. Governo Federal. *PNAD 2010*. Disponível em:

<<http://www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/conjuntura/bancodeslides/IE%202010%2009%2014%20-%20PNAD%202009.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DESCARTES, René. *Discurso del método*. Buenos Aires: Centro Editor de Cultura, 2006.

FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Editora Mas Limonad, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

IBGE. *Índice de desenvolvimento social 2010*. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1703&id\\_pagina=](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1703&id_pagina=) Acesso em 21 fev. 2011.

KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LENIN, Vladimir. *El imperialismo fase superior del capitalismo*. Barcelona: Debarris, 2000.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. In. *Política & Sociedade: Revista de Sociologia Política*. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política. v.1. n. 3. (2003). Florianópolis: UFSC: Cidade Futura, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada e proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

\_\_\_\_\_. *Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2010b*. Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/regional/latinamericathecaribbean/RHDR-2010-RBLAC.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *Preamble da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada e proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

\_\_\_\_\_. *Relatório de desenvolvimento humano - Brasil 2005*. Racismo, pobreza e violência. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/en/reports/national/latinamericathecaribbean/brazil/Brazil\\_2005\\_po.pdf](http://hdr.undp.org/en/reports/national/latinamericathecaribbean/brazil/Brazil_2005_po.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *Relatório de desenvolvimento humano 2006*. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2006/chapters/portuguese/>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. *Relatório de desenvolvimento humano 2010a*. A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2010\\_PT\\_Complete\\_reprint.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *O discurso dos direitos humanos como veículo da dominação exercida pelos países centrais*. In. CAUBET, Christian Guy. (Org.). *O Brasil e a dependência externa*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

SAID, Edward. *Cultura e imperialismo*. Barcelona: Anagrama. 1996.

\_\_\_\_\_. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.





# A concepção dos Direitos Fundamentais a partir dos ideais de Justiça

Artigo recebido em 11/06/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## Hamilton da Cunha Iribure Júnior

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.

Professor da COGEAE-PUC/SP

Professor do UNASP

Membro do IBCCRIM e da Escola Brasileira de Estudos

Constitucionais – EBEC

Advogado em São Paulo/SP

E-mail: hamilton.adv@terra.com.br

## Resumo

Admitindo a possibilidade de atingir-se a justiça a partir da imposição de um sistema de normas jurídicas

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

A concepção dos Direitos Fundamentais a partir dos ideais de Justiça - pp. 321-355

JÚNIOR H. da C. I.

o vertente artigo analisa algumas bases inspiradoras para a Teoria da Justiça. Percebe-se que a elaboração de uma teoria que justifique a concretização da justiça na ordem social parte de uma ramificada teia conceitual que esbarra na dificuldade de dimensionar elementos como equidade e bem social. Alguns dos principais pensamentos das escolas da filosofia clássica são fundamentais para que se tenha êxito nessa árdua missão. Como um feixe de regras constituídas preliminarmente na sociedade, o direito é o instrumento que viabiliza um sentido mais adequado para a justiça. E isso exige profundas reflexões na forma pela qual se estrutura um sistema de Direitos e Garantias Fundamentais na Carta Política de um Estado Democrático de Direito.

## Palavras-chaves

Direitos Fundamentais – Justiça – Conduta Social – Democracia

## Abstract

Admitting the possibility of achieving justice from the imposition of a system of legal norms this article analyzes some inspiring bases for the Theory of Justice. It is noticed that the development of a theory that justifies the achievement of justice in the social order comes from a branched conceptual web that touches on the difficulty of scaling factors as fairness and social welfare.

Some key thoughts of the classic philosophy

schools are fundamental in order to reach success in this difficult task. As a beam of rules consisting preliminarily in the society, the right is the instrument that makes possible a more adequate direction for justice. And that requires deep reflection in how to structure a system of Fundamental Rights and Warranties in Political Charter from a democratic state.

## Keywords

Fundamental Rights – Justice – Social behavior – Democracy

## Sumário

Introdução. 1. O direito em sua natureza. 2. A influência normativa na realidade social. 3. A possibilidade de uma classificação. 4. O ideal de justiça para a formação de um sistema de Direitos Fundamentais. 5. A Teoria da Justiça e sua correlação com os Direitos Individuais. 6 A formulação do ideal de justiça num comando normativo. Conclusão. Referências.

## Introdução

Do aprofundamento nas obras de Sócrates e de Platão extrai-se que o homem recebe motivação fundamental para o seu agir na busca e no entendimento do bem. Assim, a noção ética de bem é a que envolve a ideia de conveniência, de utilidade e de justiça.

Pode-se imaginar que seres racionais e irracionais estejam ligados à noção do bem, à medida que a natureza é harmônica e proporciona o equilíbrio a todo e qualquer objeto ou ser vivente. É, portanto, indissociável o conteúdo da busca do bem através do que pode ser entendido por *justo*. E nas hastes de uma sociedade regrada por normas de conduta, o direito intercepta a noção de justiça.

Destarte, as dimensões consideradas para o que se tem por ideal de *justiça* trazem consequências importantes na forma pela qual se concebe a estrutura de uma Carta Constitucional num Estado Democrático de Direito. Exemplo disso é a construção do denominado Bloco de Constitucionalidade, mínimo existencial dos Direitos e das Garantias Fundamentais que arrimam os Direitos Individuais em uma determinada sociedade.

Em todas as linhas de pesquisa ora desenvolvidas, percebe-se a unanimidade na questão de procurar caracterizar-se o direito a partir de uma concepção do que venha a ser *Justiça*. A par de toda a gama de implicações conceituais, no presente invoca-se uma abordagem para caracterizar alguns dos diversos critérios que são empregados para entender a possibilidade de se fazer atingir a justiça, tendo como ponto de partida a incidência de um sistema jurídico. A seguir algumas dessas considerações de relevo nesse talante.

## 1. O direito em sua natureza

Em regra, cada escola filosófica adota uma natureza para o direito. Portanto, de plano, pode-se assumir a ideia de que é variável a natureza do direito. No entanto, sem

incorrer em impropriedades, destacam-se os *historicistas*, para os quais o direito é um fenômeno historicamente determinado – vertente que tem na Teoria de SAVIGNY sua concatenação e os *naturalistas*, segundo os quais o direito é um fenômeno natural, empiricamente observável – sob a inspiração do pensamento de RUDOLF VON JHERING.

Ainda contribuíram, de modo significativo, para o estudo da natureza do direito os *positivistas*, que vislumbraram o direito como uma condição altamente formal de certas atividades humanas, ao esboço da Teoria de Kelsen; os *teólogos*, para os quais o direito segue uma orientação divina, apta a regular a convivência entre os homens e o entre estes e o meio em que vivem – destacando-se a Teoria de CATHEREIN; os *culturalistas*, abraçando o direito como um fenômeno da cultura, um produto humano, resultante da experiência do homem na sua convivência, vertente expressa nos pensamentos do Professor MIGUEL REALE e, ainda, os *formalistas*, seguidores do entendimento que o direito perfaz uma categoria transcendental da experiência humana, teoria albergada no pensamento de STAMMLER.

Seja, portanto, o direito entendido como uma forma do *querer* tomado como um conceito teleológico, o qual opta por fins e a eles subordina meios, ou como um bem cultural – uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores da convivência, havendo sempre no direito uma exigência axiológica –, certo se tem que a partir de sua concepção podem-se construir ideais como os *sistemas de garantias fundamentais*.

Ademais, pode ser entendido que o problema que envolve a natureza do direito encontra-se fora do âmbito da ciência jurídica, sendo necessário realizar um aporte

acerca do que seja a “*expressão linguística*”. Os significados que podem tomar expressões diferentes podem levar a caminhos distintos e tornar a interpretação relativa em conformidade com o que se esteja almejando.

Demonstrando essa forma de conceber o direito, tem-se que

toda expressão linguística possui um significado expressivo, que é a manifestação ou sintoma de algo. Isto quer dizer que como um elo num todo psicofísico, a expressão se refere àquela experiência que lhe deu origem. Não importa o que eu diga, minha expressão tem que ter sido causada por circunstâncias emotivo-volitivas que me impeliram a expressar, um impulso para comunicar ideias aos outros ou uma emoção que espontaneamente requer expressão. Certas expressões linguísticas possuem, adicionalmente, um significado representativo, quer dizer, a expressão *indica*, *simboliza* ou *representa* um estado de coisas. Não se trata de uma relação causal, mas lógica (ROSS, 2003, p. 29).

Para ROSS, das expressões linguísticas existentes, quais sejam, expressões de *asserção* (com significado representativo), *exclamações* (sem significado representativo e sem intenção de exercer influência) e *diretivas* (sem significado representativo, mas com intenção de exercer influência), somente as últimas aduzem as orações encontradas nas regras jurídicas utilizadas para a formação de um conjunto de direitos e de garantias jurídicas.

A regra jurídica não é verdadeira nem falsa; é, portanto, diretiva, porque, complementa,

as leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas – tanto juízes quanto cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada. (...) Fica particularmente claro que as regras jurídicas, por seu teor lógico, são diretivas quando notamos que há regras jurídicas que contêm expressões comumente usadas em diretivas. É o caso, por exemplo, de normas penais que expressam que qualquer pessoa sob certas condições “deverão ser punidas” (sic) de um certo modo, e no direito civil regra que expressam que uma pessoa “tem que” ou “pode” fazer algo (ROSS, 2003, p. 32-33).

Um interessante ponto advém do raciocínio até aqui desenvolvido. E tal se faz acerca do conteúdo das proposições que são lidas num livro de direito, acerca de sua natureza diretiva ou não. Pelo ora exposto tudo indica que, aparentemente, seja, vez que parece não haver quaisquer diferenças entre orações empregadas pelos escritores de direito e as que figuram nas normas jurídicas, levando-se em consideração que as proposições contidas num livro visam a “*descrever*” e não prescrever.

Analisando as diversas abordagens na contribuição de WITTGENSTEIN, no sentido de construir a linguagem e o mundo a partir de elementos atômicos, observa-se que houve falhas em sua proposição. Isso porque o filósofo não havia atentado para o modo como a linguagem realmente atua. Concluiu, posteriormente, que a linguagem não se deixa analisar de um só modo e que a busca de objetos absolutamente simples representa a busca de um sonho. Tem-se, assim, que

a linguagem é, segundo uma imagem do próprio Wittgenstein, como uma nebulosa constituída de múltiplos locais, regiões, sublinguagens mais ou menos aparentadas entre si, e é nelas e nas transgressões de suas fronteiras internas que o filósofo deve focalizar sua atenção. Mesmo que exista uma unidade geral da linguagem, ela não chega a ser relevante para a investigação filosófica (COSTA, 2002, p. 35).

Sobre a problemática que envolve a natureza do direito e o seu significado, ROSS conclui que o aparente desacordo entre os doutrinadores está na razão de que suas obras encontram-se tacitamente baseadas em diferentes conjecturas em relação ao significado do conceito de direito vigente. Qualquer aproximação, por sua vez, também poderá não representar uma unidade conceitual uma vez que se trata de uma peculiaridade do estudo do direito e não tem paralelo, por exemplo, na psicologia ou nas ciências naturais. Explica, então, porque a natureza do direito constitui o principal problema da filosofia do direito.

Despido de sua formulação metafísica, o problema da natureza do direito é o problema de como interpretar o conceito de direito “*vigente*”, como uma parte construtiva integrante de toda proposição do estudo doutrinário do direito (ciência do direito). A natureza do direito encontra realmente barreiras na sua delimitação vez que a utilização da língua relativiza a abstração de objetos jurídicos, sendo inegável observar que não há como obter definições reais de tais objetos, por mais que a utilização de um termo possa refletir, através da verbalização, a coisa a que se refere.

Observando essa dimensão, pode-se atestar que



embora não neguem o caráter vago do termo *direito*, que ora designa o objeto de estudo, ora é o nome da ciência (por exemplo: a “Ciência do *Direito*” estuda o “*direito*”), ora o conjunto de normas, ou das instituições (por exemplo: o *direito* brasileiro prescreve pena para o crime de morte, o *direito* não deve mais admitir a pena de banimento) – direito objetivo –, ora é *direito* no sentido dito *subjetivo* (meu *direito* foi violado), todos eles não se furtam à tentativa de descobrir o que é o “*direito* em geral”. E aí entram numa polêmica de séculos, cujas raízes, obviamente, estão, entre outros motivos, em sua concepção de língua (FERRAZ JR., 2003, p. 35).

A crítica à natureza do direito busca a definição para o termo (*direito*), que em essência utiliza-se de um elevado número de abstrações e generalidades, com aparência universal e imprestável para contornar os limites necessários para atingir-se um denominador comum. Isso porque a Língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o *uso* (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade.

Em arremate formal, a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra. Se nos ativermos ao uso, toda e qualquer definição é *nominal* (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não do

contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais.

## 2. A influência normativa na realidade social

Para entender melhor a dimensão que deve ser dada à discussão ligada à concepção do direito como mola propulsora para a formação de um sistema de Direitos e Garantias Fundamentais, deve-se, preliminarmente, avaliar dois contextos: o normativo e o social.

Ao lançar as bases da Teoria Pura do Direito, HANS KELSEN admoestou que a conduta de um indivíduo pode ser considerada em relação a um ou vários indivíduos, mas que isso não se faz necessário. Isso, segundo tal pensamento, para atestar que o indivíduo pode comportar-se de determinado modo em face de outros semelhantes. Essa assunção faz-se tendo em vista a possibilidade do indivíduo comportar-se ante outros objetos que não sejam seres humanos (plantas, animais, dentre outros).

Como corolário lógico desse pensamento tem-se que uma determinada ordem normativa regula a conduta humana à medida que esta está considerada em relação a outras pessoas, sendo denominada de *ordem social*. Dessa forma, a moral e o direito são invocados para a formação de diplomas normativos sociais.

Deve-se entender que a função de uma ordem social está na medida da obtenção de uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem encontra-se subordinado, fazendo com que tal indivíduo omita determinadas ações consideradas como socialmente

prejudiciais e que, ao viés, venha a realizar determinadas ações que sejam socialmente úteis.

Na abordagem positivista do filósofo alemão, a ordem jurídica, como ordem social, pode prescrever uma determinada conduta pela razão de conectar-se à conduta oposta uma desvantagem, como uma privação verdadeira. Isso para atestar que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita e que

a conduta prescrita, não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrito significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser-devida da sanção. A execução da sanção é prescrita, é conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão se torna pressuposto de uma sanção. Se não for esse o caso, ela apenas pode valer como autorizada, e não também como prescrita. Visto não podermos admitir um *regressum ad infinitum*, a última sanção nesta série apenas pode ser autorizada, e não prescrita (KELSEN, 2001, p. 28).

O direito é, sobretudo, uma ordem coercitiva, na medida em que estabelece de imediato uma reação a determinadas condutas humanas e, também, podendo atuar como reação contra situações que não necessariamente representem condutas humanas. Assim, em KELSEN, o ordenamento traduz a ideia de que no caso da conduta humana deve ser aplicada uma sanção, no sentido mais amplo de prêmio ou de pena. Logicamente, que uma teoria que visa estudar o direito, deve determinar, inicialmente, a conceituação do seu objeto, partindo-se do uso da linguagem, ou seja, do significado da palavra no idioma alemão e o correspondente nas demais Línguas.

Nesse ponto é que impera uma segunda via, qual seja, entender que, ao relacionar o direito com a conduta humana, necessariamente deve-se determinar se os fenômenos sociais designados pelo verbete “*direito*” apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes e se tais características são significativas para servirem de elementos de um conceito de conhecimento científico sobre a sociedade.

Tal desiderato leva a crer que uma significativa gama de significados que podem ser advindos da observação do que seja o direito num contexto social conduz a uma inviabilidade de se obter um conceito comum considerável para uma aplicação normativo-social. Daí a ter-se uma amplitude muito elevada de entendimentos para o que sejam, definitivamente, direitos e garantias fundamentais.

O que percebera é que ao realizar a confrontação entre os objetos, determinados pela palavra “*direito*”, a partir de suas concepções em diferentes povos e em diferentes épocas, restou que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana, vez que uma ordem pode representar um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.

Daí o agasalho de que uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. As normas de uma ordem

jurídica regulam a conduta humana e é irretocável que isso somente se aplique “às *ordens sociais dos povos civilizados, pois nas sociedades primitivas também o comportamento dos animais, das plantas e mesmo das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens*” (KELSEN, 2001, p. 34).

Outra importante constatação do positivismo jurídico é que as ordens sociais são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente nocivas com um ato de coação (com um mal). No entanto, o próprio autor adverte que pode haver casos em que esse ato de coação seja visto como um bem por parte daquele que deve sofrer tal coação (alguém que comete um crime para ser condenado e receber habitação e alimentos no sistema prisional).

A Carta Política de uma nação, ao fundar-se em espectros normativos, mormente relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece um conjunto mínimo de ordens valorativas jurídicas a serem observadas, de modo cogente, na relação que deve ser travada entre o órgão estatal e o indivíduo. Contudo, há que se ressaltar que isso não significa, necessariamente na prática que, havendo a previsão expressa de Direitos Individuais, o Estado seja mais ou menos democrático, mas, fundamentalmente, ao contrário, que tais direitos e garantias obrigam ao controle da atividade estatal quando da usurpação de suas funções no trato com o indivíduo.

Corroborando para tal, nessa esteira, alinha-se o pensamento de NORBERTO BOBBIO, para o qual, ao se considerar o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta aproxima-se da experiência jurídica e amplia a dimensão dos seus traços característicos, adotando

a premissa de que a vida humana se desenvolve dentro de um mundo de normas.

Inevitável disso é notar que o ser humano acredita ser livre quando, na realidade, está envolto numa complexa rede de regras de conduta que o regem desde o nascimento até a morte, sendo que boa parte dessas regras nem mais se percebe de tanto já acostumado a elas. Portanto,

há, indubitavelmente, um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criaram estão contidas. A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo (BOBBIO, 2003, p. 25).

As lições do filósofo de Turim servem para a conclusão de que as normas jurídicas não passam de uma parcela da experiência normativa, estas que são compostas, em sociedade, de várias outras, tais como normas comunitárias, religiosas, administrativas, políticas, dentre tantas. Embora distintas em vários aspectos, todas têm em comum um traço característico, qual seja, são proposições que têm a finalidade de influir o comportamento dos seres

e dos grupos, de dirigir as suas ações em direção a certos objetivos.

Para delimitar o conceito de direito, dessa forma, antes, deve ser retomado o conceito de sociedade, vez que não há sociedade sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico. Também deve ser excluído cada elemento que conduza ao arbítrio puro ou à força material, invocando, para tanto, a ideia de ordem social, aceitando que o direito pressuponha a sociedade ou, ainda, que seja o resultado da vida social, todavia, não é salutar concluir que a sociedade, como um todo, seja jurídica.

### 3. A possibilidade de uma classificação

É sempre uma árdua missão estudar o conceito e a classificação do direito, devido à variedade metodológica que pode ser invocada nessa empreitada. Um raciocínio satisfatório, no entanto, é encontrado quando da análise acerca da teoria do ordenamento jurídico proposta por BOBBIO, o qual assume que uma definição satisfatória do direito só se faz possível se realizada do ponto de vista do citado ordenamento. Caso se admita a norma isolada, pode-se frustrar a caracterização do direito, tendo em vista ser este entendido num todo e nunca numa unidade isolada.

Um dos eixos observados na teoria do ordenamento jurídico indica a existência de quatro critérios como sendo avaliáveis para uma tentativa de caracterizar o direito através de algum elemento da norma jurídica, quais sejam: o formal; o material; o critério do sujeito que põe a norma; e o critério do sujeito ao qual a norma se destina.

Em relação ao critério formal, deve ser entendido pelo qual a definição do direito se faz, por meio de qualquer elemento estrutural constante nas normas que comumente são denominadas de *jurídicas*. O critério material é aquele capaz de ser extraído do conteúdo das normas jurídicas, ou seja, das normas reguladas. O filósofo entende serem ambos os critérios inconcludentes, vez que possuem campo muito vasto em relação ao que pode ser regulado.

Quando quer se referir à teoria que considera as normas postas pelo poder soberano como jurídicas, aduz ao critério do sujeito que põe a norma. Tal critério parece ser eficiente para o filósofo, vez que quando o direito é definido através do conceito de soberania, o que vem em primeiro plano não é a norma isolada, mas o ordenamento. E conclui que

aquele que está em condições de exercer a força para tornar eficazes as normas é justamente o poder soberano que detém o monopólio do exercício da força. Portanto, a teoria do Direito como regra coativa e a teoria do Direito como emanção do poder soberano são convergentes. (...) Se é verdade que um ordenamento jurídico é definido através da soberania, é também verdade que a soberania em uma determinada sociedade se define através do ordenamento jurídico. Poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos que se referem um ao outro. (...) dizer que norma jurídica é a emanada do poder soberano equivale a dizer que norma jurídica é aquela que faz parte de um determinado ordenamento; caracteriza a norma apenas enquanto ela é considerada como parte do ordenamento (BOBBIO, 1999, p. 25-26).



Em relação ao critério do sujeito ao qual a norma é destinada, podem ser aferidos dois destinatários: o súdito ou o juiz. Nesse diapasão, admite-se que a norma jurídica é seguida da crença na sua obrigatoriedade, ou seja, em caso de violação há uma interferência do Poder Judiciário com a provável aplicação de uma sanção. Sob o ângulo de ser o juiz o destinatário, entende-se que este é o responsável pela atribuição da sanção após uma decisão, devendo-se abandonar a norma para agasalhar o ordenamento como uma aplicação de direito.

Das premissas lançadas pela teoria ora em comento, tendo em vista um ponto comum na amplitude dos critérios utilizados para a caracterização do direito, percebe-se que caso se apreenda como adequada a hipótese de ser o direito uma característica de certos ordenamentos normativos, muito mais do que de certas normas, necessita-se definir o que seja um ordenamento normativo, para que se galgue êxito no resto do raciocínio. Com o disposto na teoria do ordenamento jurídico é plausível admitir que o vocábulo “*direito*” está associado a uma concepção de direito objetivo e indica um tipo de sistema normativo e, não, um tipo de norma jurídica.

Uma das orientações aqui defendida é a de que o direito pressupõe, necessariamente, a existência do ser humano e da atividade por ele desenvolvida. O ordenamento jurídico brasileiro ampara o ser humano desde o momento em que ocorre sua concepção. E assim, após o seu nascimento acompanha-o até o momento de sua morte (produzindo reflexos para além). O direito considera o homem também como parte de uma congregação maior, que se denomina sociedade. Nessa razão é que sociedade e

direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir um sem o outro.

Um dos iniciais corolários postos indica que a origem do direito parece estar na própria natureza do homem, este havido como um ser social e criado à semelhança de Deus. Nesse aspecto, misturam-se direito e ser, sendo isso indissociável para muitos dos estudiosos do direito. Como o equilíbrio almejado por todos os estudiosos sociais está na harmonia que deve pautar o cotidiano dos seres humanos, o direito procura estabelecer uma proporção tendente a criar e a manter tal equilíbrio.

É inegável que, nos dias atuais, o direito age como uma equação que visa estabelecer direitos e deveres aos indivíduos, poderes ou faculdades, organiza instituições, enfim, atua na harmonização social. Para o professor VICENTE RÁO, é imperativo avaliar o direito em relação a cada um, entendendo sempre, ao final, o todo. Isso porque *“o limite do direito de cada um é o direito dos outros e todos estes (sic) direitos são respeitados, por fôrça (sic) dos deveres, que lhes correspondem. (...) Constitui, pois, o direito, o fundamento da ordem social”* (RÁO, 1952, p. 40-41).

Sob o ponto de vista do elemento constitutivo do direito, conferido pelo poder público, a proteção (que também é coerção) assume conotação jurídica e pode implicar numa intervenção eventual da força para assegurar-se a ordem social efetiva, mediante a manutenção das faculdades atribuídas aos indivíduos e aos deveres impostos.

É inerente, dessa feita, que a proteção nessa visão assume o condão de elemento essencial do direito objetivo, com o destaque para o seu caráter coercitivo.

Dessa forma, observa-se que o direito não pode contentar-se somente com a comunhão humana. Sua finalidade está mais relacionada ao aperfeiçoamento social mediante o aperfeiçoamento do indivíduo.

Esse raciocínio está evidente na grande preocupação social de ALF ROSS, o qual enverga esforços no sentido de verificar as dimensões do impacto que as normas causam quando de sua utilização (efetivação) na sociedade. Demonstra isso de forma clara ao indagar a tarefa legislativa e judiciária para tanto, esclarecendo que

mesmo quando o conhecimento sociológico jurídico dos efeitos das medidas legislativas sobre a sociedade é valioso para o legislador (...), sua decisão depende também de seus objetivos imediatos e de sua filosofia social como um todo, ou seja, das metas e valores últimos que o legislador reconhece como padrões para a vida social e a atividade criadora de direito dele. O mesmo é verdadeiro também em relação ao juiz na medida em que direito novo é criado através da prática dos tribunais. A expressão “política jurídica” é introduzida para designar a atividade criadora de direito do legislador ou do juiz e a discussão racional dessa atividade (ROSS, 2003, p. 48).

A inegável essência de ordem social que está intrínseca na compreensão do direito está no fato de ser este considerado como um compartimento da vida social. Traduz uma tentativa de realizar a justiça num determinado meio social, escolhendo uma determinada metodologia que seja aplicável ao contexto em que se aguardam os resultados da análise desenvolvida.

#### 4. O ideal de justiça para a formação de um sistema de Direitos Fundamentais

As principais obras especializadas em filosofia identificam o vocábulo justiça como a conduta daquele que se ajusta a uma norma. No tratado do italiano NICOLA ABBAGNANO, observam-se dois sentidos diretos e principais para a justiça, quais sejam,

1º. Justiça como conformidade da conduta a uma norma; 2º. Justiça como *eficiência* de uma norma (ou se um sistema de normas), entendendo-se por eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens. No primeiro significado, esse conceito é empregado para julgar o comportamento humano ou a pessoa humana (...) No segundo significado, é empregado para julgar as normas que regulam o próprio comportamento (ABBAGNANO, 1998, p. 593-594).

A associação do que venha a ser justiça com os ideais de felicidade parece que sempre foi pauta para os filósofos estudiosos do tema. Aristóteles sempre propugnou pelo emprego das leis como pano de fundo para que a felicidade seja plenamente satisfeita e que a ordem política pudesse ser também restabelecida. Para os sofistas, a justiça foi identificada com a utilidade, como forma de expressão máxima do objeto envolvido. Isso representaria não somente a felicidade como, também, a segurança e a ordem.

A aproximação da noção de justiça com a de liberdade fora realizada com maestria por IMMANUEL KANT. Em seus apontamentos registra que o Iluminismo é

o pressuposto que poderá eliminar os entraves que se opõem à liberdade do indivíduo. Ora, isso se deve à tarefa suprema da natureza em relação à espécie humana, apontando para uma sociedade em que a liberdade sob leis externas esteja unida, no mais alto grau possível, a um poder irresistível, o que *“é uma constituição civil perfeitamente justa (...) Segundo esse ponto de vista, o Iluminismo é a condição que derivará da progressiva eliminação dos obstáculos opostos à liberdade da espécie humana”* (ABBAGNANO, 1998, p. 595).

Avalia-se que o conceito de justiça esteja intimamente relacionado a duas acepções: uma de ordem subjetiva e, outra, objetiva. É aqui que se traça uma concepção de justiça não somente ao de resultado (um fim justo), mas, também aos meios com os quais se alcança um resultado justo. O conceito de justiça apresenta uma variedade de sentidos, sendo que

A circunstância de ser o conceito de justiça utilizado por juristas e moralistas explica essa diferença. Ocupando-se da atividade pessoal do homem, o moralista vê na justiça uma qualidade subjetiva do indivíduo, o exercício de sua vontade, uma virtude. O jurista tem outras preocupações; interessa-lhe fundamentalmente a ordem social objetiva. Por isso, ele vê na justiça, em primeiro lugar, uma exigência da vida social (MONTORO, 2000, p. 125).

Daí é possível assegurar que a palavra *“justiça”* possa ser empregada no sentido extensivo para realçar o Poder Judiciário e seus órgãos, incumbidos de dar solução justa aos casos que lhe sejam submetidos, assim como se estende

também ao sentido de legislação. O sentido fundamental do conceito de justiça, no pensamento acima posto, deve partir de um conceito análogo, ou seja, por analogia de relação ou atribuição, não deixando de esquecer que em sentido próprio e direto a justiça significa a virtude, a vontade constante de dar a cada qual aquilo que parece ser o seu direito. Logo, ao se posicionar como tal, somente as ações humanas podem ser avaliadas sob o prisma de justas ou injustas.

Não há como existir justiça sem que o ser humano venha a se libertar das amarras do egoísmo, vez que ao reivindicar o que seja seu, como bens, por exemplo, o indivíduo egóico afeta a órbita de interesses de outrem. O querer para si demonstra a intenção de estar à frente do próximo. Observa-se que a justiça se opõe ao egoísmo, exigindo que sejam respeitados os direitos e as pretensões das demais pessoas. Não se atinge os fins da justiça sem a vontade de ser equânime, sem se preocupar com o semelhante.

Assumindo a justiça como vontade ou disposição do espírito, ela exige uma atitude de respeito para com o próximo. Assim, a justiça não é o sentimento que cada qual tem do seu próprio bem-estar ou felicidade, mas se trata do reconhecimento de que cada qual deve respeitar o bem e a dignidade dos outros, implicando um valor absoluto do indivíduo. Não pairam dúvidas quanto a isso.

ARISTÓTELES associa a justiça à virtude, ou seja, à prática das boas ações. Destaca que a justiça é a forma perfeita de excelência moral uma vez que ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. O filósofo macedônio assegurava que “justiça” e “excelência moral” eram

expressões tautológicas, as quais se apartavam somente quanto à sua essência, reafirmando que

a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o “bem dos outros”; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade. O pior dos homens é aquele que põe em prática a sua deficiência moral tanto em relação a si mesmo quanto em relação aos seus amigos, e o melhor dos homens não é aquele que põe em prática sua excelência moral em relação a si mesmo, e sim em relação aos outros, pois esta é uma tarefa difícil (ARISTÓTELES, 2001, p. 92).

## 5. A Teoria da Justiça e sua correlação com os Direitos Individuais

Avaliando a temática na angulação de ser acertado ou não o estabelecimento de uma Teoria da Justiça, para fins de uma segura aplicação do feixe de Direitos Individuais previstos numa Carta Política, tem-se que tal teoria poderia ser entendida como um dos pilares fundamentais não só do estudo da Ciência Jurídica como da consagração de uma ordem jurídica, cuja noção capilar do que seja justo e um dos modos pelos quais se alcança o significado do vocábulo “*direito*” seja o de considerá-lo como exigência da justiça, muito embora haja a ressalva da esboçada visão de KELSEN, restringindo o direito a um sistema de normas positivas que regem a vida de determinada comunidade.

Ao empreender autonomia ao pensamento jurídico, estudando as diversas formas de conceber a justiça, BOBBIO atesta que não há teoria da justiça que não analise alguns dos seus critérios mais comuns, os quais habitualmente são apresentados como especificações da máxima “*dar a cada um o que é seu*”, ressaltando que

embora a escolha desse ou daquele critério seja em parte determinada pela situação objetiva, depende frequentemente – e, por vezes, em última instância, ainda que nem sempre conscientemente – das diversas concepções gerais da ordem social, como é plenamente demonstrado por disputas ideológicas (...). Nas situações concretas, os vários critérios são frequentemente temperados uns com os outros (...) (BOBBIO, 2000, p. 19-20).

Levando-se em conta a possibilidade de avaliar um conceito de justiça a partir do pensamento escoimado no direito natural, ROSS estabeleceu seriadas críticas no sentido de evidenciar uma nítida distinção entre o que é o ideal de justiça tendo como parâmetro o direito natural e, na mão oblíqua, como base o direito específico, aduzindo que

o direito natural insiste que em nossa consciência reside uma ideia simples e evidente, a ideia de justiça, que é o princípio mais elevado do direito em oposição à moral. A justiça é a ideia específica do direito. Está refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção (ROSS, 2003, p. 313).



Ao longo do raciocínio aqui esboçado é coerente observar que na filosofia antiga o sentido empreendido para a justiça significou a virtude suprema que abrangia a qualquer coisa, não sendo possível, assim, diferenciar direito e moral. Perfazia o seu conceito o amor a Deus e ao bem. Nota-se, ainda, que por volta do século IV a.C. a justiça identificou-se com a igualdade; princípio então formulado pelos seguidores de Pitágoras, os quais buscavam acrescer ao ideal de justiça o predicado de harmonia entre os desejos e pretensões da vida social numa determinada comunidade.

Em arremate a esse encarte histórico, nota-se que uma vez assimilada a ideia de que todos os conflitos de ordem jurídica são problemas de distribuição de direitos e/ou deveres, então uma teoria que procure estudar a justiça acata a exigência de haver igualdade na distribuição de ônus ou vantagens, fundamentalmente numa Carta Política.

Os estudos que confrontam justiça e igualdade partem de várias premissas. Aproximando os dois elementos, BOBBIO é agudo ao advertir que o conceito e o valor da igualdade mal conseguem distinguir-se do conceito e do valor da justiça em boa parte de suas acepções. A aproximação de ambos está diretamente relacionada à similitude que as identifica com a expressão *liberdade e igualdade*. Pavimenta o seu raciocínio a partir da grande visão de justiça empreendida por Aristóteles, o qual, por seu turno, associou justiça com dois eixos: legalidade e igualdade.

Esse entendimento pode ser justificado a partir dos ideais de justiça aceitos por ARISTÓTELES, conectado às bases preceituadas para a igualdade. Na associação com a legalidade é, portanto,

justa a ação realizada em conformidade com a lei (não importa se leis positivas ou naturais), justo o homem que observa habitualmente as leis, e justas as próprias leis (por exemplo, as leis humanas) na medida em que correspondem a leis superiores, como as leis naturais ou divinas (...) é justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade (BOBBIO, 2000, p. 14).

Parece incontestado que o referencial que une justiça e igualdade é o sentido de ordem, ou equilíbrio, ou harmonia, ou concórdia das partes de um todo, sendo que a representação de justiça encontra-se figurada na virtude. Dessa forma, ao admitir-se que há certa igualdade entre os homens e que a sociedade respeita a legalidade, acatam-se duas condições para que se atinja (e se conserve) a harmonia dos sistemas sociais. Logo, diante se está das necessárias condições para que se realize a justiça.

Infer-se, ainda, que a igualdade representa um patamar desejado pelo homem, na medida em que é considerada como justa, ou seja, como uma ordem a instituir, um parâmetro de harmonia das partes de um todo. A ideia do todo está intrinsecamente ligada à durabilidade. De nada adianta a harmonia passageira. Preza-se pelo caráter duradouro desse equilíbrio.

É de bom alvitre ressaltar que a igualdade não pode ser tomada no sentido absoluto, ou seja, no sentido de que todos, independente das circunstâncias que os cerquem, devem ser tidos exatamente na mesma posição que os demais. A relativização do sentido de igualdade é o desiderato do que se entende geralmente por justiça.

Haver distinções entre seres, situações, posições de domínio, por exemplo, são requisitos da justiça, de modo a vislumbrarem-se direitos, deveres e obrigações levando-se em conta as circunstâncias pelas quais são condicionados.

O requisito de aproximação da justiça com a igualdade serve basicamente para atender aos reclames da impossibilidade de que alguém seja submetido a um tratamento diferente, discriminante, de exclusão, sem que, para tanto, haja um mínimo de tolerância legal (social) e que não seja um único caso frente a todos os seus pares. Assegura-se que as diversas formulações de justiça voltadas para grupos ou diversos contextos devem incluir um padrão de avaliação, além da igualdade, o qual deve ser aplicado como condição para a definição da categoria cujos membros devem ser tratados com igualdade.

Isso mostra que a pura exigência formal de igualdade não significa em si muito, mas o conteúdo prático da exigência de justiça depende de pressupostos que estão localizados externamente ao princípio da igualdade.

A proposta que vislumbra uma aproximação entre direito e justiça tem como escopo que a consciência humana seja um parâmetro avaliável no sentido que se deve ter por justiça. O homem como ator social está inserido nas constantes demandas que acabam por gerar conflitos. Ora, por essa perspectiva não há como admitir-se a possibilidade do homem alcançar a felicidade sem atuar com justiça. E isso se faz com atos, através de comandos moralmente aceitos.

O bem é tido, de modo genérico, como um parâmetro que atrai todas as coisas para a realização da natureza destas, possuindo um primeiro significado físico,

nesse contexto. Para o homem, em específico, o bem é a motivação fundamental na prática de suas ações. Já se tem relacionado a prática do bem a um fundamento de ética. Por seu turno, a ética também se encontra extremamente vinculada à ideia de justiça.

Enquanto seres minerais, vegetais e animais irracionais buscam o bem e tendem a realizá-lo, somente ao homem é proporcionado realizar o justo. Parece que a relação entre bem e justiça é inconteste. Isso mostra que “*o vínculo entre a moral e o direito é a justiça. Através da justiça – do bom-porque-justo – ligam-se um ao outro os dois grandes domínios do agir humano: o moral (interior) e o jurídico (exterior)*” (MATA-MACHADO, 1986, p. 30).

Conforme aduzido, para os seguidores do positivismo jurídico, firma-se o entendimento de que o direito está reduzido a uma imposição de força social enquanto que a justiça é considerada como um elemento estranho à sua formação e validade. Em Kelsen observa-se que os critérios de justiça são simplesmente emocionais e subjetivos, sendo que sua determinação deve ser reservada para a religião ou metafísica. Nesse sentido percebe-se um nítido distanciamento entre a justiça e os parâmetros do sentimento humano.

A justiça pode ser vislumbrada como a prática de um hábito, o modo de ser justo, de assumir a justiça o caráter social, de cunho comunitário. Assume contornos visíveis de ser um valor, um ideal. A singularidade da justiça está na razão em que seu

objeto não se refere à pessoa que a pratica, mas ao *outro*. Justo é quem dá o seu a seu dono, é quem dá

a cada um o que lhe é devido. Este *seu* que incumbe à justiça e a quem a pratica dar a outro, essa COISA-DEVIDA que importa por justiça, que seja dada “a quem de direito”, segundo se diz na linguagem vulgar, esse *seu*, esse *debitum* (o-que-é-devido) constitui, precisamente, o que chamamos direito (MATA-MACHADO, 1986, p. 32).

## 6. A formulação do ideal de justiça num comando normativo

KELSEN, ao analisar a envergadura da justiça frente aos questionamentos sociais, firma o pressuposto de que a justiça tem que significar uma virtude dos indivíduos. Enquadra a justiça como pertencente ao domínio da moral. Para tanto, estatui que a qualidade ou virtude da justiça atribuída a um indivíduo ganha materialidade, quando da conduta deste, frente aos demais indivíduos.

Destarte, pode-se falar em conduta justa ou injusta. É *justa* quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça, ao passo que é tida por *injusta* quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. Destarte, a “*justiça de um indivíduo é a justiça a sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, nesse sentido, ser justa*” (KELSEN, 2003, p. 3).

A norma de justiça é uma norma moral e considera como norma de justiça somente aquela que prescreva um determinado tratamento de um indivíduo por outro

indivíduo. Isso bem caracteriza a problemática envolta na contradição que pode haver com o fato de a justiça (ou injustiça) ser também afirmada como uma qualidade de normas, com o fato de também as normas serem apreciadas como boas ou más, justas ou injustas, ao afirmar-se que o direito positivo pode ser bom ou mau, justo ou injusto.

Corolário lógico dessa problematização está o fato de que haveria a possibilidade de serem considerados, sob o prisma de justos ou injustos, os Direitos e as Garantias Fundamentais encartadas no Bloco de Constitucionalidade de uma Carta Política. Indo mais adiante, também se realça a condição de ser tal angulação (*justo* ou *injusto*) aplicável para entender o critério, extremamente (e exclusivamente) político, para se alçar um determinado direito à condição de “*fundamental*” e o mesmo se diga com relação à garantia.

Inegável está a pressuposição de que a norma de justiça e a norma do direito positivo sejam consideradas como simultaneamente válidas e isso não será possível, se as duas normas estiverem em contradição, ou seja, entrarem em conflito uma com a outra. Em derradeiro, claro está que somente uma das duas normas pode ser considerada válida.

Mais uma vez se socorrendo da doutrina positivista aduz-se a importante noção de validade normativa, sendo esta entendida no aspecto objetivo, ou seja, assegurar que uma norma de direito positivo (direito posto por meio dos atos humanos) tem validade, pode ser utilizada para assegurar Direitos Fundamentais. Significa “*que o sentido subjetivo do ato – sentido segundo o qual as pessoas devem conduzir-se de determinada maneira – é interpretado como sendo também o seu sentido objetivo*” (KELSEN, 2003, p. 6).

Se a decorrência direta desse pensamento é assumir que o direito positivo somente possa ser válido quando estiver em consonância com o jusnaturalismo, então poderá incorrer-se num preceito muito perigoso, segundo o qual somente o direito natural pode assumir o contorno de validade e, por inferência final, o direito positivo não. Ademais, se a estatuição da norma do direito positivo corresponde à norma de justiça, logo, o valor jurídico constituído pela norma do direito positivo coincide com o valor de justiça estatuído pela norma de justiça. Daí a falar-se que a norma de direito positiva é justa.

No caso de haver contrariedade entre o predisposto na norma do direito positivo com a norma de justiça, os dois valores não coincidem (valor de justiça e valor jurídico). Forçoso é concluir que a norma de direito positivo somente pode ser injusta sob esse ângulo. Aí há que se diferenciar o ato de sua qualidade. A justiça e a injustiça ponderadas devem ser consideradas como qualidades do ato e não como qualidades da norma.

Em derradeiro, assumindo na integralidade esse pensamento de direito e justiça, não é de todo errado concluir que deve ser considerado, sob o ângulo de *justo* ou *injusto*, o ato conforme corresponda ou não à norma de justiça.

Rebatendo todo o encartado até então ao plano de validade dos Direitos e das Garantias Fundamentais, se aceita que o caráter da validade da norma jurídica é proporcionada por uma vontade exclusivamente política, a mesma que, ao içar um direito ao patamar de “*fundamental*”, cria um feixe articulado de obrigações e limitações ao Poder Estatal, ou melhor, à forma pela qual o Estado realiza suas

atividades no contexto social. Do plano de validade da norma jurídica, portanto, brotam os Direitos e Garantias Fundamentais.

## Conclusão

A preocupação central de todo arrazoado remonta no relevo e a dimensão do conceito de justiça a partir da formulação dos ideais de um sistema jurídico e como tal deságua na formulação do rol dos Direitos Individuais. Isso tem despertado os mais elevados valores de questionamento acerca da própria razão de viver do ser humano.

Conceitos como ser “*justo*”, ser “*honesto*”, liberdade, igualdade, além é claro das variantes conceituais para direito e justiça, permeiam a doutrina jurídica e as obras filosóficas antigas e contemporâneas. Estudar o direito é, sem sombra de dúvidas, estudar a justiça. Das mais diversas lições extraídas para a elaboração do vertente raciocínio, importantes pontos imergem de um verdadeiro oceano de conhecimentos, frutos de árduos trabalhos de pesquisa e das experiências de vida dos seus autores. Cumpre destacar alguns pontos em conclusão.

Parece não haver dúvidas de que o direito pressupõe necessariamente a coexistência social, ou seja, a própria atividade do ser humano que se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes. E nisso é forçoso admitir que a origem do direito está na própria natureza do homem, havido como ser social. A razão de ser do direito é a própria razão de ser da humanidade; não simplesmente o direito como um conjunto de regras.



A justiça, por seu turno, é admitida no seu núcleo como a excelência moral, a mais completa, vez que sintetiza outras excelências. A justiça pode ser avaliada tanto individual como coletivamente, defendendo-se a máxima de que a justiça deveria definir o arcabouço legislativo, e não o contrário. Com Aristóteles pode-se assumir que é na justiça que se resume toda a excelência, a perfeição.

É também plausível identificar a justiça com a virtude da convivência humana. Trata-se de uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens, de respeito no trato com o semelhante. É muito pouco reduzir o sentido de justiça para ordenamento ou órgãos do Poder Judiciário.

Já a dimensão que pode ser dada a partir da definição do “direito” está na razão de caracterizar o significado nominal e real do termo. O primeiro, em proporcionar o verdadeiro sentido para o vocábulo. O segundo, em atestar o que na realidade significa o mesmo. O conceito do direito é, portanto, análogo.

Deve-se entendê-lo como norma, à medida que corresponda à regra social obrigatória. Como faculdade, quando designe poder. Como justiça quando há uma obrigatoriedade e resultado pré-existentes. Como ciência quando há o caráter da epistemologia. E, finalmente, como fato social, quando se revela um fenômeno da vida coletiva. Os critérios são didáticos e vislumbrados na prática.

O direito é muito difícil de ser definido com rigor. Qualquer tentativa pode pecar por desprezar alguns dos elementos necessários para sua aproximação com a realidade. Vislumbra-se, na prática, uma imponente visão de que o direito é proporcionar a alguém aquilo que lhe

seja de direito. Aqui coadunam, ao mesmo tempo, um conceito aberto e uma restrição de objeto.

Em relação à problemática trazida quando das considerações de justiça, percebe-se que o ponto crucial está no quociente havido entre direito positivo e justiça. Uma vez que a justiça pertence ao domínio da moral e o direito positivo representa a expressão de um desejo humano, como representar através das normas a justiça?

Ao que tudo aponta, um indicativo de resposta está no imperativo de que somente normas que prescrevam o tratamento dos indivíduos por parte de um legislador ou juiz podem ser consideradas como normas de justiça. Seguindo esse raciocínio desenvolvido, admite-se o preceito de que a justiça absoluta não seja cognoscível pela razão humana. Destarte, o ideal de justiça absoluta não está na razão, tampouco deve ser tratado num plano de consideração subjetiva.

## Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução: Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad.: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos da teoria geral do direito (para os cursos de introdução ao estudo do direito)*. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.



# Bioética e Biodireito: Princípios Comuns na Diversidade

Artigo recebido em 13/06/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## **Lino Rampazzo**

Doutor em Teologia pela Pontificia Università Lateranense (Roma)

Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado

em Direito do Centro Unisal – U.E. de Lorena (SP).

E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br

## **Marcius Tadeu Maciel Nahur**

Mestre em Direito pelo Centro Unisal

Professor de Filosofia do Direito e Membro do Grupo

de Pesquisa de Bioética e Biodireito do Unisal.

E-mail: marciusnahur@ig.com.br

## Resumo

Este artigo procura analisar alguns princípios de bioética e de biodireito, a partir da problemática ambiental. Pergunta-se, a esse respeito, se, na diversidade destes princípios, oriundos de diferentes linhas de pensamento, existe também algo de comum. Parte-se, por isso, de dois documentos: um de alcance mundial, a Carta da Terra, da Unesco, de março de 2000; e outro, da comunidade católica que, numa mensagem do Dia Mundial da Paz de 2010, apresenta princípios éticos aplicados à ecologia. Analisam-se também, a partir de uma pesquisa bibliográfica, quais são os princípios éticos que estão na base do Direito Ambiental. No primeiro documento aponta-se para o respeito por todas as formas de vida na Terra, o cuidado na responsabilidade pelas atuais e futuras gerações; a prevenção, o desenvolvimento sustentável, a erradicação da pobreza, os direitos de todas as pessoas e a paz. No segundo documento, indica-se a responsabilidade comum para com a humanidade inteira, especialmente os pobres e as gerações futuras; a sobriedade, a solidariedade entre gerações, a destinação universal dos bens, a responsabilidade para com a criação, a centralidade do ser humano, a promoção do bem comum, a prudência e a subsidiariedade. Por fim, na questão jurídica, o núcleo da megaprincipiologia ambiental é o da vida sustentável, pautada pelo respeito e cuidado com a comunidade da vida, pela integridade ecológica, pela justiça sócio-econômica-ambiental e pela não violência e paz social. Como consequência disso, deduzem-se os princípios do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da

prevenção, da participação e da ubiquidade. A Bioética e o Biodireito precisam, então, refletir seja a partir da condição humana comum, seja considerando, ao mesmo tempo, o atual processo de globalização, como também a diversidade das diferentes comunidades morais e científicas: realiza-se, dessa maneira, um enriquecedor diálogo “global e local”.

## Palavras-chave

Princípios bioéticos, Teologia, Direito.

## Abstract

This paper seeks to examine some principles of Bioethics and Biolaw from an environmental issues perspective. Relating to this, it is asked if in the diversity of these principles, which come from different lines of thought, there is also something in common. It starts therefore from two documents: One which is of global reach, The Earth Charter, from UNESCO, written in March of 2000; and the other, from the Catholic Community, which in a message on World Peace Day 2010 presents ethical principles applied to ecology. It also analyzes, through literature research what are the ethical principles that underlie the Environmental Law. The first document points at the respect for all kinds of life on Earth, as well as care and responsibility for current and future generations, prevention, sustainable development, poverty eradication, people's rights and peace. The second document indicates

the shared responsibility towards all humanity, especially the poor and future generations; sobriety, the solidarity between generations, the universal destination of goods, the responsibility towards creation, the centrality of human beings, prompting the common good, prudence and subsidiarity. At last, concerning the legal question, the core of *the mega principiology* environmental is that of sustainable life, based on the respect and care for the community of life, on the ecological integrity, on the social and economic and environmental justice, and on the nonviolence and social peace. As a consequence, the principles of sustainable development, of the polluter payer, prevention, participation and ubiquity are deducted. Bioethics and Biolaw must then reflect both human conditions, considering the current process of globalization, as well as the diversity of the different moral and scientific communities: accomplishing this way an enriching global and local dialog.

## Keywords

Bioethical principles, Theology, Law.

## Sumário

Introdução. 1. A Bioética e o Biodireito. 2. A Carta da Terra a partir de uma moralidade comum. 3. Mensagem sobre ecologia para o dia mundial da paz: uma leitura apenas cristã? 4. Os princípios éticos do Direito Ambiental: uma leitura apenas jurídica? Conclusão. Referências.



## Introdução

O que é a Bioética? O que é o Biodireito? Quais são os princípios dessas novas áreas do conhecimento? E esses princípios são comuns para toda a humanidade, ou são específicos para diversas comunidades morais, ou para diferentes áreas do conhecimento?

Esses questionamentos provocaram a realização do 8º Congresso Internacional de Bioética Clínica, realizado em São Paulo de 16 a 19 de maio de 2012, e cujo tema, neste sentido, foi o da “Bioética Clínica na Diversidade”.

O presente artigo é fruto de uma comunicação apresentada no Grupo de Trabalho “Princípios de ética e de assessoria ética”, no âmbito desse Congresso (RAMPAZZO, 2012). Procura indicar quais são os princípios éticos, a partir da problemática ambiental, que não pode ser esquecida na interdisciplinaridade da bioética. Discute-se, a esse respeito, se há um método de direitos humanos universal, ou se há diversas comunidades morais cujos valores devam ser levados em conta. Além disso, aparecem, entre outras, as questões jurídicas, estas também fundamentadas em princípios. Objetiva-se, pois, verificar quais são os princípios éticos apresentados num documento que expressa uma moralidade comum, num outro que reflete uma comunidade moral específica, como também os que se encontram numa área específica do conhecimento científico. O primeiro é a “Carta da Terra” e o segundo é a mensagem de Bento XVI para o Dia Mundial da Paz de 2010. A área científica escolhida é a do Direito Ambiental.

## 1. A Bioética e o Biodireito

Desde 1971, quando apareceu o vocábulo “bioética” no artigo escrito pelo oncólogo Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin (E.U.A.), com o título *The science of survival*, e no ano seguinte, no volume do mesmo autor com o título *Bioethics: bridge to the future*, esse nome teve um rápido e grande sucesso.

Potter diagnosticou com seus escritos o perigo que representa para a sobrevivência de todo o ecossistema a separação entre duas áreas do saber, o saber científico e o saber humanista.

A clara distinção entre os valores éticos (*ethical values*), que fazem parte da cultura humanista em sentido lato, e os fatos biológicos (*biological facts*) está na raiz daquele processo científico-tecnológico indiscriminado que, segundo Potter, põe em perigo a própria humanidade e a própria sobrevivência sobre a Terra. O único caminho possível de solução para essa iminente catástrofe é a constituição de uma “ponte” entre as duas culturas: a científica e a humanístico-moral. Em outros termos, a ética não deve se referir somente ao homem, mas deve estender o olhar para a biosfera em seu conjunto, ou melhor, para cada intervenção científica do homem sobre a vida em geral. A bioética, portanto, deve-se ocupar de unir a “ética” e a “biologia”, os valores éticos e os fatos biológicos para a sobrevivência do ecossistema como um todo. O “instinto” de sobrevivência não basta: é preciso elaborar uma “ciência” da sobrevivência que o autor identifica com a bioética.

Na concepção de Potter, portanto, a bioética se

movimenta a partir de uma situação de alarme e de uma preocupação crítica a respeito do progresso da ciência e da sociedade.

Outra característica do pensamento bioético é que essa nova reflexão deve-se ocupar, ao mesmo tempo, de todas as intervenções na biosfera e não apenas das intervenções sobre o homem.

De fato, o “poder” científico-tecnológico atingiu, nas últimas décadas, o nível de ruptura. A ruptura se situa no plano da possibilidade “técnica” de destruir a humanidade inteira por meio da arma atômica ou da poluição do ambiente e, de outro lado, também no plano da possibilidade de introduzir a “mutação” genética do homem.

As finalidades da bioética consistem na análise racional dos problemas morais ligados à biomedicina e de sua conexão com as áreas do direito e das ciências humanas. Implicam elas a elaboração de linhas éticas fundamentais sobre os valores da pessoa e sobre os direitos do homem, respeitadoras de todas as confissões religiosas, com fundação racional e metodológica cientificamente adequada. Essas linhas éticas têm também finalidade aplicativa, pela orientação que poderá ser dada, mais que à conduta pessoal, também ao direito *condendo* e aos códigos deontológicos profissionais atuais e futuros.

As ciências da vida e da saúde enfrentam hoje estes grandes problemas: saúde pública, fertilidade, engenharia genética, aborto, doação e transplante de órgãos, eutanásia, experimentação clínica, meio ambiente etc.

Os problemas indicados deverão ser resolvidos respeitando os princípios da autonomia, do benefício e da justiça.

O princípio de autonomia refere-se ao respeito devido aos direitos fundamentais do homem, inclusive o da autodeterminação. É sobre esse princípio que se fundamentam, sobretudo, a aliança terapêutica entre médico e paciente e o consentimento aos tratamentos diagnósticos e de terapias.

O princípio de benefício não comporta somente o abster-se de prejudicar, mas implica o imperativo de fazer ativamente o bem e até de prevenir o mal.

O princípio de justiça refere-se à obrigação de igualdade de tratamento e, em relação ao Estado, de justa distribuição das verbas para a saúde, para a pesquisa etc. (RAMPAZZO, 2003).

Mas, a Bioética, na sua interdisciplinaridade, chega a articular-se com o Direito à medida que esse trata de disciplinar na vida social os procedimentos biomédicos. O Biodireito desponta como um novo direito de formação muito recente no âmbito da ciência jurídica cujo objeto de análise são princípios e normas jurídicas que têm por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término. Os problemas emergentes neste início de século e de milênio exigem, também por parte dos cultores da ciência jurídica, uma atenção especial diante da Ética, da Bioética e do Biodireito (DELLA CUNHA, 2001).

A reflexão deste artigo procura considerar se os princípios da Ética, com suas aplicações na Bioética e no Biodireito, provêm de uma moralidade comum, ou de uma

comunidade moral específica, ou de uma determinada área do conhecimento.

## **2. A Carta da Terra a partir de uma moralidade comum**

Muito se tem falado, nos tempos atuais, sobre um preocupante dilema ambiental de dimensão planetária. Em geral, aponta-se um conjunto de fatores como causadores dessa incômoda e inquietante situação. Tem-se detectado aumento desordenado da população urbana, expansão de um modelo econômico voltado para o produtivismo em massa, culto ao consumismo exacerbado e, até mesmo, a associação da ideia de felicidade a um desenfreado acúmulo material, ultrapassando as fronteiras razoáveis do acesso a bens e serviços nos limites do necessário para uma existência digna.

É voz corrente que a vida na e da Terra depara-se com um momento bastante crítico. A passos largos, ela segue para a insustentabilidade e até para o esgotamento, como sinais de uma inegável crise ambiental que afeta a própria qualidade de vida. “Começamos, pois, a perceber que pode haver dissociação entre quantidade de bens, de produtos, por exemplo, e qualidade de vida.” (MORIN, 2000, p. 95-96).

O desencantamento do mundo é decorrência de um processo civilizacional irrefreável da chamada modernidade, com sua característica marcante de um racionalismo penetrante em todos os segmentos da vida (WEBER, 1972, p. 51). É esse processo que, nos dias de

hoje, a humanidade está incumbida de tentar modificar. E a crise ambiental, especificamente, com toda sua complexidade, lança-lhe o enorme desafio de traçar um novo mapa de práticas emancipatórias, mais solidárias com os destinos de todas as formas de vida no planeta (SANTOS, 2005, p. 54).

Os riscos ambientais, nesse cenário, tornam-se alarmantes e sinalizam para uma “cruzada pacífica” pela proteção do “patrimônio ambiental” que o planeta Terra, até o momento, reúne com singularidade ímpar, mesmo porque não se deve ignorar que

a Terra é a própria quintessência da condição humana e, ao que sabemos, sua natureza pode ser singular no universo, a única capaz de oferecer aos seres humanos um habitat no qual eles podem mover-se e respirar sem esforço e nem artifício. O mundo [...] separa a existência do homem de todo ambiente [...]; mas a vida, em si, permanece fora desse mundo artificial, e através da vida o homem permanece ligado a todos os outros organismos vivos. (ARENDT, 2004, p. 10).

Foi com esse tom que, nos anos noventa, se fez todo esforço possível para se alinhar um documento ético-ambiental para a vida planetária, denominado “Carta da Terra”. Durante a segunda metade dos anos noventa, após encontros de representantes de diversas áreas, a Cruz Verde Internacional e o Conselho da Terra assumiram o desafio de elaborar esse documento, cuja importância e significado tornaram-se notória repercussão global. Ela representa um “grito” de urgência diante das ameaças que

incidem sobre a biosfera e o projeto planetário humano, trazendo o sentimento, cada vez maior, de responsabilidade pelo futuro comum da Terra e da própria humanidade, dentro de uma perspectiva holística e integradora (BOFF, 2000, p. 123-125).

Na “Carta da Terra” podem ser detectados, ao menos, cinco pontos fundamentais para um dimensionamento, nos dias em curso, das preocupações ambientais globais.

Primeiro, ela não deixa dúvidas de que se está em um momento crítico da Terra, época em que o mundo se torna mais interdependente e fragilizado. Se o destino de todos é comum, percebe-se a necessidade urgente de conjugação de esforços para uma sociedade global sustentável, para as presentes e futuras gerações, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos, na justiça sócio-econômica e na cultura da paz.

Segundo, nela a Terra é vista como uma Casa, que reúne as condições essenciais para a vida e bem-estar da humanidade, o que depende da manutenção de uma biosfera saudável em todos os sistemas ecológicos.

Terceiro, ela reconhece que os padrões dominantes de produção e consumo estão a provocar degradação ambiental e os benefícios do crescimento e progresso não são partilhados de forma equitativa, havendo um processo acelerado de ameaças para as bases da própria segurança global da vida planetária.

Quarto, ela também faz na escolha humana a decisão de formar uma “aliança global” para cuidar da Terra e uns dos outros, ou colocar sob sério risco a existência e a diversidade da vida, o que está a exigir mudanças fundamentais nos valores, instituições e modos de vida.

E, quinto, a “Carta da Terra” considera que cada um partilha da responsabilidade pelo bem-estar atual, pelo futuro da humanidade e de todo o mundo vivo.

Esse documento pela vida, paradigmático, sinaliza para a ideia de que a Terra é o lar comum e indica que o todo se encontra nas partes e as partes no todo, de modo que “tudo o que existe coexiste. Tudo o que coexiste preexiste. E tudo o que coexiste e preexiste subsiste através de uma teia infindável de relações omnicompreensivas. Nada existe fora da relação. Tudo se relaciona com tudo em todos os pontos.” (BOFF, 1993, p. 15).

É urgente, pois, formar uma “aliança global” para cuidar da Terra e uns dos outros: ninguém pode se eximir desse compromisso, pois cada um partilha da responsabilidade pelo bem-estar atual, pelo futuro da humanidade e de todo o mundo vivo. Nesse sentido é necessária uma “ecoalfabetização”, que tem o desafio de formar um compromisso ético de consciência e sensibilidade para gerar e gerir um ambiente com equilíbrio ecológico.

Neste “pano de fundo”, a “Carta da Terra” indica os seguintes dezesseis princípios:

1. Respeitar a Terra e a vida em toda sua diversidade.
2. Cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor.
3. Construir sociedades democráticas que sejam justas, participativas, sustentáveis e pacíficas.
4. Assegurar a generosidade e a beleza da Terra para as atuais e às futuras gerações.
5. Proteger e restaurar a integridade dos sistemas



ecológicos da Terra, com especial atenção à diversidade biológica e aos processos naturais que sustentam a vida.

6. Prevenir o dano ao ambiente como o melhor método de proteção ambiental e, quando o conhecimento for limitado, assumir uma postura de precaução.
7. Adotar padrões de produção, consumo e reprodução que protejam as capacidades regenerativas da Terra, os direitos humanos e o bem-estar comunitário.
8. Avançar o estudo da sustentabilidade ecológica e promover o intercâmbio aberto e aplicação ampla do conhecimento adquirido.
9. Erradicar a pobreza como um imperativo ético, social e ambiental.
10. Garantir que as atividades e instituições econômicas em todos os níveis promovam o desenvolvimento humano de forma equitativa e sustentável.
11. Afirmar a igualdade e a equidade dos gêneros como pré-requisitos para o desenvolvimento sustentável e assegurar o acesso universal à educação, assistência de saúde e às oportunidades econômicas.
12. Defender, sem discriminação, os direitos de todas as pessoas a um ambiente natural e social capaz de assegurar a dignidade humana, a saúde corporal e o bem-estar espiritual, com especial atenção aos direitos dos povos indígenas e minorias.
13. Fortalecer as instituições democráticas em todos os níveis e prover transparência e responsabilização no exercício do governo, participação inclusiva na tomada de decisões e acesso à justiça.

14. Integrar, na educação formal e na aprendizagem ao longo da vida, os conhecimentos, valores e habilidades necessárias para um modo de vida sustentável.
15. Tratar todos os seres vivos com respeito e consideração.
16. Promover uma cultura de tolerância, não-violência e paz. (A CARTA, 2000a).

A essa altura pode-se perceber que a “Carta da Terra” pressupõe uma “moralidade comum”, pois representa um esforço para que a humanidade inteira se una rumo à salvação do planeta Terra, considerado como “Casa Comum”, caracterizado, globalmente, pelos padrões dominantes de produção e de consumo, que colocam em risco a sua existência. Só uma “aliança global” pode salvar o planeta: e esta abrange a responsabilidade de todos, tendo por objetivo o futuro da humanidade e todo o mundo vivo.

Os princípios éticos que estão por trás deste documento indicam, pois, a possível existência de uma moralidade comum, no meio da diversidade de “pessoas, instituições e organizações”, nestes termos:

A “Iniciativa da Carta da Terra” é o nome dado a uma rede global de extraordinária diversidade de pessoas, organizações e instituições que participam da promoção e implantação dos valores e princípios da Carta da Terra. A iniciativa representa um amplo esforço voluntário da sociedade civil. Entre os participantes incluem-se destacadas instituições internacionais, governos nacionais e suas agências, associações

universitárias, organizações não-governamentais e grupos comunitários, governos locais, grupos ecumênicos, escolas e negócios – assim como milhares de indivíduos (A CARTA, 2000b).

A parte final do Documento se, por um lado, não nega a diversidade cultural, por outro lado lança um forte apelo ao “diálogo global, à interdependência global e à responsabilidade universal”. O mesmo encoraja a buscar aspectos comuns em meio às diversidades e a adotar uma nova ética global.

Pode-se, pois, pressupor a possibilidade de uma “moralidade comum” para a solução do problema especificamente ecológico.

Os princípios éticos acima indicados podem ser considerados, especificamente, como princípios bioéticos pelo fato que nascem a partir da situação de alarme e de crítica a respeito do progresso da ciência e da sociedade, e se ocupam, ao mesmo tempo, de todas as intervenções na biosfera e não apenas das intervenções sobre o homem.

### **3. Mensagem sobre ecologia para o dia mundial da paz: uma leitura apenas cristã?**

A atualidade e complexidade do problema ecológico levam o tema a ser discutido por vários ângulos, com olhares múltiplos, mas não desconectados entre si, inclusive na perspectiva teológica.

O específico do saber teológico é a fé que assume o discurso da razão para melhor compreender o seu objeto. Neste diálogo, a teologia confronta a fé com os

problemas novos que a humanidade enfrenta: o que acaba beneficiando seja a fé, como a razão (LATOURELLE, 1981, p. 17-18). Exemplo disso são, por um lado, o fato de que a formulação do conceito de pessoa humana, com sua consequente dignidade, nasceu antes no terreno teológico para passar, sucessivamente, naquele ético e jurídico (RAMPAZZO, 2009a); e, por outro, a leitura da fé fica enriquecida, graças à razão, seja para definir melhor seus conceitos, seja para uma melhor compreensão do mundo de hoje (JOÃO PAULO II, 2000, p. 18-19).

Na específica questão ecológica, a teologia traz sua contribuição na recuperação do *sagrado*. A perda do sagrado é considerada a causa principal do desrespeito à natureza que reduziu a natureza à pura *quantidade*, sujeita a interesses mercadológicos; e, conseqüentemente, levou-a ao desastre ecológico (JUNGES, 2008, p. 64-66). O sagrado é, ao mesmo tempo, a base seja da religião, como da ética, mais especificamente, a ética do cuidado, da solidariedade, da co-responsabilidade e da alteridade. Trata-se de uma “re-ligião” considerada com “re-leitura” da realidade, vivenciando o diálogo com o diferente, a solidariedade como expressão máxima do humanismo, a ecologia como vivência harmônica entre o homem e a natureza. Religião, nesse contexto, torna-se a expressão da vivência do outro pela comunhão e reverência, seja ele o homem, a mulher, as plantas, os animais e, por meio dessa re-leitura, tudo se torna *sagrado*. Estabelece-se, assim, a religião, como o lugar do diálogo, da solidariedade, da ecologia (RIBEIRO, 2004).

Mas o diálogo tem suas dimensões: o “estar entre”, o “estar com”, o “estar para” e o “estar in”. Passa-se, pois, de uma relação humana sem interação (“estar entre”)

à disponibilidade diante de o “outro” (“estar com”) que pode tornar-se uma amizade construtiva (“estar para”) e chega, por fim, ao divino (“estar in”), resposta última ao mistério da vida humana. Em suma, a experiência religiosa autêntica aponta para uma vivência humana mais profunda, que pode ajudar a “re-ler” a realidade e a descobrir nela outros aspectos a serem valorizados (VITOLO, 2008).

A partir dessa visão pode-se verificar de que maneira a Mensagem para o Dia Mundial da Paz de 2010, cujo lema foi “Se quiseses cultivar a paz, preserve a criação”, aborda a temática ética no campo da ecologia (BENTO XVI, 2010). A perspectiva especificamente teológica desta reflexão tem como base a fé no Deus criador, que quer uma aliança entre o ser humano e o ambiente, considerado não como fruto do acaso, mas como espelho do amor criador de Deus, origem e destino do homem. Este tipo de relação entre homem e ambiente natural aponta para um novo compromisso ético: a responsabilidade comum para com a humanidade inteira, especialmente os pobres e as gerações futuras. Trata-se de expressões da “macroética”, que diz respeito às ações feitas com a participação de muitos atores e à responsabilidade das empresas e das políticas nacionais e, particularmente, internacionais.

No atual “estado de saúde ecológica da terra”, fruto de uma “crise cultural e moral do homem”, impõe-se um modo de viver marcado pela “sobriedade e solidariedade”.

Na específica visão teológica, Deus colocou o homem na Terra não para explorá-la, mas “para cultivá-la e guardá-la”. A arbitrária disposição sobre o mundo é fruto do pecado, que leva o homem a se deixar dominar pelo egoísmo, provoca um conflito entre ele e a natureza, e, conseqüentemente, provoca uma rebelião da natureza.

Lembra-se aqui um outro princípio básico do pensamento social cristão: a “destinação universal dos bens”, para o qual a Terra pertence “à humanidade inteira”. Neste sentido, o atual ritmo de exploração põe em perigo a disponibilidade de alguns recursos naturais especialmente para as gerações futuras. A atividade econômica precisa, pois, respeitar, ao mesmo tempo, o ambiente e a sociedade, inclusive através de normas bem definidas “mesmo do ponto de vista jurídico e econômico”.

Aparece, então, o valor da “solidariedade” no espaço e no tempo: quer dizer, seja: “entre os indivíduos da mesma geração”, como “entre gerações”, para que o uso dos recursos naturais, especialmente dos não renováveis, não comporte consequências negativas: sejam os países industrializados, como os menos desenvolvidos têm sua própria responsabilidade para com a criação. Mais especificamente esta responsabilidade precisa manifestar-se na redistribuição mundial dos recursos energéticos.

Os valores éticos que estão na base deste novo modelo de desenvolvimento são a centralidade do ser humano, a promoção do bem comum e a virtude da prudência, que indica as ações a serem realizadas hoje na previsão do que poderá suceder amanhã. Neste sentido indicam-se alguns caminhos: o da pesquisa científica e tecnológica, direcionada a explorar a grande potencialidade da energia solar; a atenção à questão da água e ao sistema hidrogeológico global; a procura de apropriadas estratégias de desenvolvimento rural centrada nos pequenos cultivadores e nas suas famílias; a elaboração de políticas idôneas para a gestão das florestas; o tratamento do lixo; a valorização de sinergias existentes no contraste às alterações climáticas e na luta contra a

pobreza. Temos, dessa maneira, uma “ecologia humana e social”.

Um outro princípio ético, lembrado na mensagem, é o “princípio de subsidiariedade”, que reconhece a responsabilidade de todos, autoridades e particulares. Apela-se para uma visão global do mundo, que considere as necessidades de todos os povos; caso contrário, a deterioração de uma parte qualquer do mundo recairia sobre todos; e, juntamente com o problema ambiental, os esforços da comunidade internacional precisam ser direcionados para obter um progressivo desarmamento e um mundo sem armas nucleares.

Neste sentido, “ecologia humana” e “ecologia ambiental” estão interligadas, pois “o livro da natureza é único”. Esta ecologia tem como base os princípios da “inviolabilidade da vida humana em todas as suas fases e condições, a dignidade da pessoa e a missão insubstituível da família, na qual se educa para o amor ao próximo e o respeito à natureza”.

Trata-se de evitar dois extremos: por um lado uma concepção inspirada no ecocentrismo e no biocentrismo, um “novo panteísmo”, que levaria a absolutizar a natureza, eliminando a diferença ontológica e axiológica entre a pessoa humana e os outros seres vivos; e, por outro, a posição que considera a técnica e o poder humano como absolutos e causadores de um grave atentado à natureza e à própria dignidade humana.

A última recomendação da mensagem aponta para o compromisso de todos, para proteger o ambiente natural, como condição para construir um mundo de paz.

Pode-se verificar, na análise deste documento, que há elementos que pressupõem fé cristã, tais como, a fé no

Deus criador, que quer uma aliança entre o ser humano e o ambiente, considerado não como fruto do acaso, mas como espelho do amor criador de Deus, origem e destino do homem.

Por outro lado, os princípios éticos que daí decorrem interessam a toda comunidade humana e podem ser encontrados como o exercício sábio da razão, tais como o da responsabilidade comum para com a humanidade inteira, especialmente os pobres e as gerações futuras; ou na análise do atual “estado de saúde ecológica da Terra”, fruto de uma “crise cultural e moral do homem”, que impõe um modo de viver marcado pela “sobriedade e solidariedade”.

Aqui também as reflexões consideram a situação de alarme e de crítica a respeito do progresso da ciência e da sociedade, como também as intervenções na biosfera, típicas da área da Bioética.

Pode-se, neste sentido, afirmar que a visão da fé e a vivência do sagrado estimulam a razão para novos aspectos da realidade e para uma nova sensibilidade, seja na relação com o mundo, seja na relação com o próprio semelhante: e esta “diversidade” de visão acaba enriquecendo toda a humanidade.

#### **4. Os princípios éticos do Direito Ambiental: uma leitura apenas jurídica?**

A questão dos princípios éticos alcança também o campo jurídico e obriga a aprofundar a diferença entre Ética e Direito. A Ética diz respeito ao mundo dos valores



e à sua percepção e obrigatoriedade e, respectivamente, da parte do sujeito, à presença da consciência e da responsabilidade. O Direito, por sua vez, consiste numa intervenção positiva e parcial, em vista de um bem supostamente comum, por parte da autoridade legítima (MASI, 1996). Essa intervenção deve ser, ao mesmo tempo, estável e flexível, pela necessidade de adaptar-se às novas situações históricas.

Ética e Lei não coincidem, mas ambas estão a serviço da mesma pessoa humana. Portanto não podem ser contraditórias, nem se tornar empecilho para o ser humano. O valor da pessoa humana vai ser o critério da validade da Lei.

A Ética e o Direito, nas últimas décadas, estão enfrentando novos problemas ligados à saúde pública, à fertilidade, à engenharia genética, ao aborto, à doação e transplante de órgãos, à eutanásia, à experimentação clínica, ao meio ambiente etc. São as grandes temáticas que constituem as colunas mestras da Bioética, juridicamente aplicadas no Biodireito (RAMPAZZO, 2003).

Neste sentido, a situação de pluralismo ideológico-cultural, característica da nossa época, vai exigir do legislador uma atitude de equilíbrio para que as regras da vida social sejam determinadas em prol da parte maior e com o menor prejuízo possível.

O item anterior tinha enfrentado a questão dos princípios éticos na problemática ecológica a partir de uma específica visão religiosa. Mas quais são esses princípios, quando estão sendo considerados na área do Direito Ambiental?

A dimensão principiológica deste novo ramo do saber diz respeito aos megaprincípios que têm norteado

todos os múltiplos segmentos ambientais, orientando suas respectivas teorias e práticas, particularmente no que se refere seja à política global, como à política nacional do ambiente. Nesse sentido, aponta-se como núcleo da megaprincipiologia ambiental a vida sustentável, pautada pelo seguinte: a) respeito e cuidado com a comunidade da vida; b) integridade ecológica; c) justiça sócio-econômica-ambiental; e, d) não violência e paz social.

Cada megaprincípio comporta um desdobramento ainda em princípios gerais. E essa principiologia ambiental pode ser abordada em cinco eixos estruturais: desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, prevenção, participação e ubiquidade.

O primeiro é o do desenvolvimento sustentável, entendido como aquele que é apto a atender às necessidades do presente, mas sem afetar as expectativas das futuras gerações de terem atendidas também as suas. Ele traz a ideia de um desenvolvimento permanente, mas racionalmente equilibrado, na medida em que é capaz de assegurar a proteção do chamado patrimônio ambiental (MACHADO, 1994, p. 45-48).

O princípio do poluidor-pagador busca evitar a ocorrência de degradações ambientais, na medida em que atua como estimulante negativo àquele potencial poluidor do ambiente (MATEO, 1995, p. 55).

O terceiro é o da prevenção, que traz a ideia fundamental de que sempre é “melhor prevenir do que remediar” (PRIEUR, 1996, p. 59). Em sede de principiologia do direito ambiental está sedimentada a percepção de que evitar a incidência de danos é superior a quaisquer medidas que sejam depois adotadas para remediá-los (MATEO, 1995, p. 55).

O quarto é o da participação, o qual implica engajamento e efetiva atuação presente da coletividade na proteção ambiental, haja vista que

uma destas possibilidades do princípio de participação se apresenta, precisamente, em relação com direitos que, como o direito ao ambiente, encerram um caráter finalista.[...] a importância da participação no direito ambiental fica, ademais, ressaltada pela necessidade de abordar as problemáticas que se referem ao entorno desde uma ótica eminentemente preventiva. Assim, entendendo o direito ao ambiente como um direito de participação, se intenta, por uma parte, evitar de modo preventivo lesões a interesses ambientais relevantes e, por outro lado, oferecer um maior jogo a determinados interesses ambientais que não se veriam protegidos se entendêssemos aquele direito exclusivamente em sua faceta substantiva. (RUIZ VIEYTEZ, 1992, p. 96).

E o quinto é o da ubiquidade, caracterizado pela umbilical ligação que o direito ambiental e seus valores possuem com todas as áreas de atuação e desenvolvimento dos seres. É por isso que se diz que, do princípio da ubiquidade, derivam postulados importantes que penetram e norteiam, nos tempos atuais, ações em diversas áreas, quais sejam, políticas, econômicas, sociais e culturais (FIORILLO, 2003, p. 42-43).

Distinguem-se, nesta visão, os direitos humanos dos direitos fundamentais. Os primeiros dizem respeito à proteção da esfera de ampla dignidade do ser humano, mesmo que ela ainda não seja prevista, expressamente, no ordenamento jurídico; e os direitos fundamentais, por

sua vez, são positivados, na ordem jurídica internacional e nacional (RIBEIRO, 2007, p. 13-14).

No plano dos direitos fundamentais, o desenvolvimento do direito ambiental é um novo instrumento de promoção da qualidade de vida, ligada ao “reconhecimento dos valores fundamentais geralmente consagrados nas declarações de direitos”, que internacionalmente foram expressos particularmente na Declaração de Estocolmo de 1972 e na do Rio de Janeiro de 1992: na primeira, está prescrito que é um direito fundamental o desfrutar de condições de vida adequadas em um ambiente de qualidade; e, na segunda, está consagrada a preocupação com o desenvolvimento sustentável, tendo-se como base o direito fundamental a uma vida saudável, com qualidade, em harmonia com o ambiente ecologicamente equilibrado (SOARES, 2001, p. 55).

Também as reflexões do Direito Ambiental consideram seja a situação de alarme e de crítica a respeito do progresso da ciência e da sociedade, como as intervenções na biosfera, típicas da área da Bioética.

## Conclusão

Neste artigo foram considerados os textos de dois documentos e o questionamento de princípios éticos na área especificamente jurídica. O primeiro documento, a Carta da Terra, como expressão de um método de direitos humanos universal; o segundo, a Mensagem de Bento XVI sobre ecologia para o Dia Mundial da Paz de 2010, expressão de uma particular comunidade, a cristã-católica, cujos valores devem ser levados em conta. Também a

reflexão jurídica que procura definir os princípios éticos da sua área pode ser considerada como expressão de uma determinada área científica, cujos valores precisam ser levados em conta.

A Carta da Terra apresentou seus princípios éticos que podem ser assim sintetizados: o respeito por todas as formas de vida na Terra, o cuidado, a responsabilidade pelas atuais e futuras gerações, a prevenção, o desenvolvimento sustentável, a erradicação da pobreza, os direitos de todas as pessoas, a paz. A perspectiva desta declaração de princípios é aquela de uma “aliança global”, baseada numa moralidade comum.

A Mensagem de Bento XVI sobre ecologia para o Dia Mundial da Paz de 2010, por sua vez, aponta para os seguintes “princípios éticos”: a responsabilidade comum para com a humanidade inteira, especialmente os pobres e as gerações futuras, um modo de viver marcado pela “sobriedade e solidariedade”: esta última, “entre os indivíduos da mesma geração” e também “entre gerações”. Além disso, os princípios da “destinação universal dos bens”, pelo fato de que a Terra pertence “à humanidade inteira”; da responsabilidade para com a criação, da centralidade do ser humano, da promoção do bem comum e da prudência, que indica as ações a serem realizadas hoje na previsão do que poderá suceder amanhã. Um outro princípio ético, lembrado na mensagem, é o “princípio de subsidiariedade”, que reconhece a responsabilidade de todos, autoridades e particulares.

Por fim, na questão jurídica, o núcleo da megaprincipiologia ambiental é o da vida sustentável, pautada pelo respeito e cuidado com a comunidade da vida, pela integridade ecológica, pela justiça sócio-

econômica-ambiental e pela não violência e paz social. Desta megapricipiologia se deduzem os seguintes princípios gerais: desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, prevenção, participação e ubiquidade. Com esses dados, pode-se, então, concluir que a Bioética e o Biodireito precisam refletir, seja a partir da condição humana comum, seja considerando, ao mesmo tempo o atual processo de globalização e a diversidade oriunda das diversas comunidades morais e científicas. A Bioética poderá ser enriquecida com este diálogo “global e local”.

## Referências

A CARTA da Terra em Ação. O texto da Carta da Terra. 2000a. Disponível em: <<http://www.cartadaterrabrasil.org/prt/text.html>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Sobre a iniciativa da Carta da Terra. 2000b. Disponível em: <<http://www.cartadaterrabrasil.org/prt/text.html>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

ALSZEGHY, Z.; FLICK, M. *Como se faz teologia*. Tradução de Isabel Fontes Leal Ferreira. São Paulo: Paulinas, 1979.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposa. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BENTO XVI. Se quiseses cultivar a paz, preserva a criação. Mensagem para a celebração do Dia Mundial da Paz 2010. *L'Osservatore Romano*, Città del Vaticano, 15 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/messages/peace/documents/hf\\_ben-xvi\\_mes\\_20091208\\_xliii-world-day-peace\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20091208_xliii-world-day-peace_po.html)>. Acesso em: 28 out. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos

Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. *Ecologia, mundialização e espiritualidade: a emergência de um novo paradigma*. São Paulo: Ática, 1993.

\_\_\_\_\_. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DELLA CUNHA, Djacon B. Biodireito: o novo Direito face à Bioética. *Revista da Esmape*, Recife, v. 6, n. 13, p. 93-109, jan./jun. 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abella. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

JOÃO PAULO II. *Universidades Católicas*. São Paulo: Paulinas, 2000.

JUNGES, José Roque. Desafios das biotecnologias à teologia moral. In: TRASFERETTI, José; ZACHARIAS, Ronaldo (Orgs.). *Ser e Viver: Bioética, biotecnologias e sexualidade*. Aparecida: Santuário; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2008. p. 63-75.

LATOURELLE, René. *Teologia: ciência da salvação*. Tradução dos Monjes Beneditinos de Serra Clara. São Paulo: Paulinas, 1981.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexibilidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Princípios Gerais do Direito Ambiental Internacional e a Política Ambiental Brasileira: dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1995.
- MASI, Nicola. Recepção da Ética personalista no Código de Direito Canônico. In: *Ética e Direito: um diálogo*. Aparecida: Santuário, 1996. p. 167-185.
- MATEO, Ramón Martín. *Nuevos Instrumentos para la tutela Ambiental*. Madrid: Trivium, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Ambiental*. Madrid: Trivium, 1995.
- MILARE, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Fundamentos do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MORIN, Edgar. *Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar*. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Garamand, 2000.
- NALINI, Renato. Justiça: aliada eficaz na natureza. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. 4. ed. Campinas: Armazém Ipê, 2005, p. 284-305.
- NAMBA, Edison Tetsuo. *Manual e Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.
- PEGORARO, O. Ética na Contemporaneidade. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Orgs.). *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996. p. 75-88.



PESSINI, Léo. *Bioética: um grito por dignidade de viver*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paulinas, 2008.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2007.

PRIEUR, Michel. *Droit de L'Environnement*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

RAMPAZZO, Lino. Ética e Direito, Bioética e Biodireito. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta; RAMPAZZO, Lino (Orgs.). *Biodireito, Ética e Cidadania*. Taubaté: Cabral, 2003. p. 63-89.

\_\_\_\_\_. Aspectos éticos e místicos do Texto-base da Campanha da Fraternidade 2004: Fraternidade e Água. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (Org.). *Recursos Hídricos: aspectos éticos, jurídicos, econômicos e socioambientais*. Campinas: Alínea, 2007. Cap. 1. p. 9-36. v. 1.

\_\_\_\_\_. A contribuição da teologia patrística na formulação do conceito de pessoa: base para o reconhecimento jurídico. In: RAMPAZZO, Lino; SILVA, Paulo Cesar da (Orgs.). *Pessoa, Justiça Social e Bioética*. Campinas: Alínea, 2009a. Cap. 1. p. 11-42.

\_\_\_\_\_. A formulação do conceito de pessoa no IV e V século e sua atual aplicação na Bioética e no Biodireito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18, 2009b, São Paulo, *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo: FMU; Florianópolis: Fundação Boiteux. CD-ROM.

\_\_\_\_\_. Diversidade e Interdisciplinaridade nos princípios bioéticos a partir da problemática ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE BIOÉTICA CLÍNICA, 8, 2012, São Paulo, *Anais do 8º Congresso Internacional de Bioética clínica: bioética clínica na*

diversidade. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012. p. 122-123.

RIBEIRO, Jorge Ponciano. Religião e Psicologia. In: HOLANDA, Adriano (Org.). *Psicologia, religiosidade e fenomenologia*. Campinas: Alínea, 2004. p. 11-36.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*. Campinas: Russell, 2007.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier. *El Derecho Al Ambiente como Derecho de Participación*. Bilbao: Acarteko, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1.

SGREGGIA, Elio. *Manual de Bioética: I - Fundamentos e Ética Biomédica*. 2. ed. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Olmiro Ferreira da. *Direito ambiental e ecologia: aspectos filosóficos contemporâneos*. Barueri: Manole, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional e meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

VITOLO, Emilia G. Borriello. La religione e le religioni. *Prospettiva Persona*, Teramo (Italia), anno XVII, n. 63, p. 97-100, genn./mar. 2008.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Cultrix, 1972.

# Direitos sociais e manipulação das carências do povo pela propaganda dos órgãos públicos

Artigo recebido em 13/06/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## Marcos Antônio Striquer Soares

Mestre e doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP; é professor de Direito Constitucional na graduação em Direito, na especialização em Direito do Estado e no mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina; é professor de Direito Constitucional na Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

## Resumo

Analisa a exploração dos direitos sociais na veiculação de propaganda do governo para a manutenção da hegemonia do grupo governista, com uso principalmente de propaganda subliminar. Constata que o surgimento e a evolução dos direitos sociais têm o embate político

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Direitos sociais e manipulação das carências do povo pela propaganda dos órgãos públicos - pp. 387-410  
SOARES M. A. S.

como elemento marcante, onde os interesses governistas predominam. Para controle do abuso, é necessário observar limites impostos pela Constituição.

## **Palavras-chaves**

Democracia; direitos sociais; propaganda dos órgãos públicos; propaganda subliminar; poder; publicidade.

## **Abstract**

It examines the exploration of social rights at the government's propaganda, aiming to maintain the hegemony of the government group, mainly using subliminal advertising. It notes that the appearance and evolution of social rights are characterized with a striking political struggle, a field where governmental interests prevail. To control abuse, it is necessary to observe the limits imposed by the Constitution.

## **Keywords**

Democracy; social rights; advertising of government; subliminal advertising; power; advertising.

## **Sumário**

Introdução. 1. Os embates para a positivação dos direitos sociais e para sua consolidação em um novo

modelo de Estado. 2. Novos embates: o difícil transcurso da positivação à efetividade dos direitos sociais. 3. A propaganda do governo como instrumento de manipulação da sociedade e os direitos sociais como desejo das massas. 4. Caracterização da propaganda: a propaganda como meio de comunicação persuasivo. 5. Duas vias de comunicação persuasiva: a razão e o subliminar (o sentimento). 6. Os direitos sociais como objeto de desejo das massas e a manipulação do povo. 7. Propaganda dos órgãos públicos, direitos sociais e controle jurídico da propaganda irregular. Conclusão. Referências.

## Introdução

A história da construção dos direitos fundamentais é a história da gestação do ser humano. A luta pela limitação do poder do rei teve séculos de história até culminar nas primeiras declarações de direitos, com a proteção do indivíduo contra o poder do Estado. A luta pela construção dos direitos sociais também não vem sem traumas. Conforme a lição de Dimoulis (2007, p. 17),

os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a Política. Não se pode ignorar que foram impostos politicamente no meio de ferozes lutas, de revoluções de guerras civis e de outros acontecimentos ‘de ruptura’. A lista de pessoas que lutaram reivindicando direitos é muito extensa e a historiografia de qualquer país relata inúmeras mortes em nome da liberdade e da igualdade.

No âmbito dos direitos sociais, objeto de nosso estudo, a evolução foi lenta, bastante traumática e ainda há muito a se fazer para a sua realização. Para compreensão do tema, é possível separar a etapa de positivação dos direitos sociais e a consolidação dessa tendência como obrigação do Estado, de um lado, e o debate sobre a efetividade dos direitos sociais, de outro.

## **1. Os embates para a positivação dos direitos sociais e para sua consolidação em um novo modelo de Estado**

O século XIX foi o século das lutas dos trabalhadores contra os detentores dos meios de produção. O século do capitalismo mais selvagem que o ser humano pôde produzir. O século que precedeu a positivação dos direitos sociais.

Conforme sintetiza Ferreira Filho (2002, p. 41 et seq.), para se entender como se chegou aos direitos econômicos e sociais, é necessário lembrar alguns fatos e apontar algumas ideias que marcaram o século XIX e os primeiros anos do século XX. Paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, esse período assistiu à deterioração do quadro social. O liberalismo econômico provocou um acréscimo súbito de riqueza, mas essa riqueza ficou concentrada nas mãos dos detentores dos meios de produção; em contrapartida, a classe trabalhadora se viu numa situação de penúria ou mesmo de miséria. Assim, “a marginalização da classe operária, como que excluída dos benefícios da sociedade, vivendo em condições subumanas

e sem dignidade, provocou, em reação, o surgimento de uma hostilidade dessa classe contra os ‘ricos’, contra os ‘poderosos’”.

A estabilidade das instituições liberais estava ameaçada, continua Ferreira Filho, o que fez surgir uma batalha intelectual e política. A pressão pelo sufrágio universal era irresistível, em decorrência mesmo do princípio da igualdade, bandeira da Revolução Francesa, impondo a igualdade do direito de voto no século XIX. Este fator já veio inclinar a história no sentido de mudanças. O movimento reformista ganhou um forte apoio com a formulação da chamada *doutrina social da Igreja* a partir da encíclica *Rerum novarum*, editada em 1891 pelo papa Leão XIII, na qual vem a afirmação de direitos que exprimem as necessidades mínimas de uma vida consentânea com a dignidade do ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus. A Constituição francesa de 1848 é um documento fundamental para a consagração dos direitos econômicos e sociais. A Constituição mexicana de 1917 antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social.

A maior influência na definição dos novos direitos fundamentais, ainda seguindo Ferreira Filho, viria com a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, editada na Rússia, em janeiro de 1918, a qual, na verdade, não enuncia direitos, mas sim princípios, como o da abolição da propriedade privada da terra, o confisco dos bancos, a colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores, tudo isso acompanhado de promessas como a de “esmagar impiedosamente todos os exploradores”, a do “repúdio completo da política bárbara da civilização burguesa”. Segundo Dimoulis (2007, p. 32-33), essa

declaração, redigida no âmbito da Revolução russa de 1917, introduz três novidades, que destoam, em sua substância, do desenvolvimento do constitucionalismo ocidental até então vigente e, precipuamente, do ulterior: declara abolida a propriedade privada e a possibilidade de exploração do trabalho assalariado; estabelece um tratamento diferenciado dos titulares de direitos de acordo com a classe social, restringindo os direitos dos integrantes da classe burguesa; estabelece um dever fundamental, o trabalho obrigatório para todos.

Esses recortes demonstram a tensão existente naquele instante da história. As constituições que surgiram posteriormente no Ocidente não tiveram como base essa declaração editada na Rússia. A referência para o constitucionalismo que se seguiu foi a Constituição alemã de 1919, denominada Constituição de Weimar. É o instante definitivo de positivação de um modelo que passou a ser a referência para as constituições que se seguiram. Essa positivação enfrentou os conflitos próprios do lugar onde surgiu. Analisando aquele ambiente, Ferreira Filho (2002, p. 48) explica que a situação da Alemanha ao final da primeira Guerra Mundial era gravíssima de qualquer ângulo que fosse encarada: “Com efeito, as instituições políticas estavam derruídas, a situação social extremamente agravada, as forças da ordem desmoralizadas. Nesse contexto a esquerda radical lutava para tomar o poder em favor dos conselhos de operários”. Nesse ambiente, “a burguesia procurou neutralizar os movimentos revolucionários, negativamente, mediante repressão, e, positivamente, por meio de um projeto de república democrática e social que foi a República de Weimar” (DIMOULIS, 2007, p. 33).



Conforme anota Bobbio (1992, p. 4), as liberdades sociais são um efeito

do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.

A consolidação da necessidade dos direitos econômicos e sociais veio com a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, e a recessão norte-americana de 1929-1930. Como reação à crise, o presidente Roosevelt desenvolveu um programa “que ficou conhecido como *New Deal*, cujos alicerces se baseavam em maior intervenção do Estado na economia e no investimento público em políticas sociais” (MARMELSTEIN, 2008, p. 50). O mundo teve, então, não só a positivação dos direitos sociais, mas o fim definitivo do modelo de Estado liberal clássico. Os direitos sociais e econômicos passaram a fazer parte do próprio modelo de Estado que surgia.

A consolidação dos direitos sociais como integrantes de um novo modelo de Estado, contudo, não foi suficiente para que eles fossem prestados efetivamente. Constata-se, até aqui, que a positivação dos direitos sociais não veio por acaso. É fruto de disputas que marcaram a história, de rupturas, de embates políticos e ideológicos. A construção

da efetividade dos direitos sociais, contudo, é outra história, é uma história que ainda não tem conclusão.

## 2. Novos embates: o difícil transcurso da positivação à efetividade dos direitos sociais

A construção dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, para o nosso estudo, vem ocorrendo em um ambiente capitalista, onde a liberdade é própria do liberalismo, a exigência do sucesso pessoal é cobrada permanentemente pela sociedade e as disputas do dia-a-dia são egoístas. Os direitos individuais frutificaram nesse ambiente, uma vez que permitiram justamente a proteção do indivíduo contra os abusos do Estado, e a proteção do indivíduo para que ele tenha espaço para buscar o seu sucesso pessoal. Mas a construção dos direitos sociais, nesse ambiente, encontra maior resistência; a construção dos direitos sociais é a reiteração da utopia do fim do liberalismo e da utopia da construção de um homem humano, da utopia de encontrar o ser humano.

Isto, contudo, não vem apenas com embates políticos ou com a positivação de direitos. Somente pode ocorrer com a transformação de toda uma cultura liberal, o que não pode ocorrer com rupturas violentas e imediatas, mas é trabalho de gerações. Seria contraditório imaginar que os direitos sociais, que pressupõem justiça social, sejam consolidados em um ambiente onde o individualismo e o egoísmo caracterizam o homem.

A construção dessa utopia é a busca de efetividade para os direitos sociais. Efetividade, segundo Barroso

(2010, p 221) “significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. 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”.

Os direitos sociais ganharam inicialmente a característica de meros programas sociais dependentes de atuação do legislador, para sua realização. Conforme Bonavides (2008, p. 232), “inaugura-se, assim, uma segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições”. Em outra passagem o autor anota (BONAVIDES, 2008, p. 564) que as normas de direitos sociais passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais. De juridicidade, questionada nessa fase, foram remetidas à chamada esfera programática, por não portarem garantias processuais de concretização, encontradas na proteção dos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução.

Atualmente considera-se que as normas de direitos sociais devem ser examinadas primeiramente como normas jurídicas e não como meros programas sociais dependentes de legislação. “Para tanto é necessário adotar uma abordagem de natureza jurídico-constitucional. A finalidade é analisar os direitos fundamentais em sua configuração jurídica, oferecendo instrumentos para resolver conflitos” (DIMOULIS, 2007, p. 20-21). Embora não deixem de ser programas, já que o juiz não pode substituir o legislador e sua realização continua dependente

das possibilidades encontradas na sociedade, as normas de direitos sociais passaram a ser observadas, principalmente a partir da segunda metade do século XX, não de modo isolado, como meros programas, mas como parte integrante da estrutura do Estado, o qual pressupõe a observância de finalidades propostas na Constituição e planejamento (o Estado social é indissociável do planejamento) para a busca daquelas finalidades.

O Estado social não é conciliável com os rasgos políticos, com as promessas fáceis, com as transformações grandiosas. Pressupõe, antes, a existência e a observância de planejamento que se constitui em normas jurídicas. O programa social, como programa, como norma programática, ganha a dimensão jurídica, que pode ser cobrado em juízo.

Conforme defende Bobbio (1992, p.4), do ponto de vista teórico, 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 nem de uma vez por todas.

A efetividade desses direitos passa necessariamente por controles do exercício do poder. Não só controle do planejamento das políticas governamentais e de sua execução, mas por diversas possibilidades de controle do abuso do poder. Uma dessas possibilidades é o controle da propaganda do governo, para evitar seu abuso que pode levar à manipulação da sociedade e à hegemonia de um grupo nos cargos públicos, em virtude de propaganda veiculada pelo órgão público.

### 3. A propaganda do governo como instrumento de manipulação da sociedade e os direitos sociais como desejo das massas

Os direitos sociais são necessidades ou utilidades das pessoas (saúde, educação, lazer). Como necessidades ou meras utilidades são desejados, ansiados pelo povo. É nesse instante, quando os sentimentos afloram, que o indivíduo se deixa levar por argumentos censuráveis pela razão, mas vulneráveis aos sentimentos. A manipulação do povo, pelos governantes que fazem uso da propaganda, segue esse cronograma, controlar pelo sentimento, não pela razão. Não raro esse controle vem com a propaganda dos órgãos públicos tendo os direitos sociais como elemento que toca o sentimento.

### 4. Caracterização da propaganda: a propaganda como meio de comunicação persuasivo

O termo propaganda tem um significado específico, o qual não deve ser confundido, no campo do direito, com a exigência de publicidade para o Poder Público ou com o termo notícia. Antes de tratarmos destes dois últimos, trataremos primeiramente de propaganda.

Característica marcante da propaganda, aquela que é relevante para este estudo, é a *persuasão*. É a sua capacidade de convencer, de direcionar a conduta humana para o sentido que ela propõe. É a intenção que uma propaganda sempre tem, convencer o destinatário, fazer com que ele faça aquilo para o que a propaganda orienta.

A palavra *propaganda* foi introduzida nas línguas modernas pela Igreja Católica e já designava o ato de disseminar ideologias, de incutir uma ideia, uma crença na mente alheia (RABAÇA; BARBOSA, 1998, p. 481). O termo “propaganda compreende a idéia de implantar, de incluir uma idéia, uma crença na mente alheia” (SAT’ANNA, 2002, p. 75). Para Rafael Sampaio (1997, p. 11), a propaganda pode ser entendida como “a manipulação planejada da comunicação visando, pela persuasão, promover comportamentos em benefício do anunciante que a utiliza”.

O Código de Ética dos profissionais da propaganda (que rege essa atividade por determinação do art. 17 da lei 4.680/65) conceitua propaganda no seu primeiro dispositivo: “A propaganda é a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou idéia, visando orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido”. O próprio Código de Ética permite a atitude persuasiva. O que ele não aceita é a manipulação do destinatário da propaganda por meios abusivos, como, por exemplo, com uso de propaganda subliminar.

Conforme explica Ferrés (1998, p. 40), “o objetivo primordial da comunicação persuasiva é transmitir informações motivadoras, quer dizer, informações capazes de mobilizar as condutas e as crenças numa direção.” Desse modo, a propaganda sempre procura incutir na mente do destinatário algum tipo de benefício para o anunciante. Ela carrega sempre algum grau de persuasão.

Quanto à permissão de publicidade dos órgãos públicos, deduzida de nosso ordenamento jurídico (especialmente de nossa Constituição Federal), já foi

anotado (STRIQUER SOARES, 2007, p. 66-74) que, por vezes, ela se apresenta como princípio, por vezes como regra. Quando falamos em publicidade dos órgãos públicos é necessário enquadrá-la em uma das seguintes possibilidades: 1.- Como *publicidade obrigatória*, esta espécie contém duas subespécies: a *publicidade obrigatória com necessidade de publicação ou comunicação*, ou seja, com divulgação pelo órgão oficial de imprensa ou por comunicação direta ao interessado, como, por exemplo, a obrigatoriedade da notificação da parte no processo, da publicação da lei elaborada, do edital de licitação – é regra jurídica; e *publicidade obrigatória sem necessidade de publicação ou comunicação*, o que ocorre sempre que a informação ficar à disposição do povo nos órgãos públicos, é, por exemplo, a exigência de transparência da Administração Pública – é princípio constitucional. Quando obrigados a divulgar seus atos, os órgãos públicos poderão, em alguns casos, fazer *publicidade resumida*; 2.- Como *publicidade proibida* – decorre de disposição expressa da Constituição, como por exemplo, a regra do art. 5º. LX, que autoriza a restrição da publicidade dos atos processuais, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, trata-se de regra constitucional; 3.- Como *publicidade desnecessária ou impossível*, é, por exemplo, o ato não-escrito, a ordem verbal da autoridade administrativa a um subalterno, a publicação de decisão judicial de que a parte já tomou conhecimento e já praticou o ato exigido no processo; 4.- Como *publicidade autorizada*, qualificada como propaganda dos órgãos públicos ou propaganda governamental – também é regra constitucional.

Dentro do tema específico deste estudo, interessa

a propaganda dos órgãos públicos. Vê-se que se trata de regra e, como tal, deve ser observada nos limites estreitos da determinação da norma. Por fim, não se enquadra dentro do princípio da publicidade como transparência, mas como autorização dada para a Autoridade Administrativa para perseguir objetivos de interesse público (conforme será visto adiante).

A expressão notícia, por fim, não tem qualquer pretensão de convencer o destinatário (pretensão própria da propaganda). Embora o veículo de comunicação sempre use da sedução para atrair o destinatário, ele, enquanto mero veículo de comunicação, não tem a intenção de fazer com que o destinatário passe a ter atitudes conforme o sentido orientado pela notícia. A sedução na imprensa é mera jogada de *marketing*, ou seja, é utilizada para prender a atenção do destinatário, para evitar que ele troque o veículo de notícia, para que ele fique preso àquele noticiário, independentemente de que matéria se trate.

Essa mera sedução no noticiário não se confunde com intenção persuasiva de uma notícia. Se a notícia tem intenção persuasiva, ela estará fazendo propaganda para alguém. Isto já é um tipo específico de propaganda, é a propaganda editorial, aquela que aparece no noticiário como notícia, mas contém escondido algum anúncio. Conforme Francisco Gracioso (1995, p. 19), a propaganda editorial “é paga por um patrocinador, mas não traz sua assinatura. Foge às características comuns dos anúncios e busca manter o estilo editorial do veículo onde aparece.” Esse tipo de propaganda é proibido para os meios de comunicação, embora seja bastante comum.

A propaganda, portanto, não pretende transmitir



informação, simplesmente, como a notícia, e não será veiculada para satisfazer o princípio da publicidade, proporcionando transparência dos atos governamentais. A propaganda quer convencer o destinatário, quer plantar uma ideia em sua mente e utiliza-se de vários meios para conseguir isso, alguns legais (como o belo, simplesmente) outros ilegais (como o uso dissimulado de imagens impróprias para o destinatário – um menor, por exemplo).

## 5. Duas vias de comunicação persuasiva: a razão e o subliminar (o sentimento)

Verificado que a propaganda tem como uma de suas principais características a persuasão, faz-se necessário analisar como a persuasão pode ocorrer. Conforme explica Ferrés (1998, p. 59), quanto à via de comunicação persuasiva, a propaganda pode ser *racional* ou *subliminar*. A propaganda *racional* é regida pelo pensamento lógico e atua por argumentação; ela pretende convencer, oferecer razões ou argumentos que levem o persuadido a assumir o ponto de vista do persuasor.

Quanto à via de comunicação subliminar, esta pode ser subdividida em duas, a partir das explicações de Ferrés: a *subliminar por processo de sedução* e a *puramente subliminar*. A via de comunicação *subliminar por processo de sedução* é regida pelo pensamento associativo (associação do objeto veiculado com um objeto de desejo, por exemplo, associação de cerveja com praia, e outros objetos de desejo), não atua por argumentação, mas por transferência, ela atua por simples contiguidade, por proximidade, por

semelhança, por simultaneidade, por associação emotiva ou simbólica. Pretende seduzir, atrair o receptor pelo fascínio. Por outro lado, a via por nós classificada como via de comunicação *puramente subliminar* foi estudada por Calazans (1992, p. 27); ela veicula a informação em limites abaixo do possível à percepção consciente do ser humano (sons muito baixos, imagens muito rápidas, aromas, entre outros – sobre aroma ver (CORAZZA, 2002, p. 145), mas é percebida e assimilada pelo subconsciente e fica ali registrada, levando o sujeito a ações que o seu consciente não explica.

A propaganda do governo deve utilizar, em princípio, a via de comunicação racional, deve convencer pela razão e não por sublimites ao ser humano. Contudo, o *subliminar por processo de sedução* também é aceito, mas dentro de limites estreitos, ou seja, desde que tenha em vista uma finalidade de interesse público, não oculte interesses estranhos ao interesse público e, logicamente, não desvirtue a ordem pública e os bons costumes. Um exemplo é a propaganda de uma campanha de vacinação de crianças: não há problema algum que a criança que está no comercial seja saudável, esteja sorrindo, correndo e feliz (do modo como os pais sempre querem ver seus filhos), pois o subliminar, aqui, tem em vista o interesse público e não contém, no exemplo, vício algum. Deve-se advertir, no entanto, que, embora o subliminar por processo de sedução, em princípio, possa ser aceito, ele também pode ser muito nefasto para o interesse público, quando desvirtuado, caso em que deve sofrer controle rigoroso. Já a *via de comunicação puramente subliminar* não deve ser utilizada pela propaganda do governo, visto que

seus meios de convencimento não podem ser captados pelo consciente do receptor – mesmo que ele fique atento – apresentando-se como uma via que agride a razão humana sem possibilidade de defesa.

## 6. Os direitos sociais como objeto de desejo das massas e a manipulação do povo

Os direitos sociais são direitos que satisfazem necessidades das pessoas (como a aposentadoria, a educação, a saúde) ou se apresentam como meras utilidades (como o lazer), mas sempre com vistas ao interesse público. Tais necessidades ou utilidades são desejadas pelas pessoas em razão da carestia na qual vivem ou da mera possibilidade de ter uma qualidade de vida melhor. Desejados pelas pessoas, são facilmente manipulados para satisfazer interesses estranhos ao interesse público.

Como objeto de desejo das pessoas, os direitos sociais entram na propaganda dos órgãos públicos (e também a propaganda eleitoral segue a mesma lógica) não porque estão sendo satisfeitos pelos governantes, mas porque o povo vai assimilar aquele governo com coisas boas, desejadas. É a comunicação *subliminar por processo de sedução*, a qual é regida (conforme já referido acima, com fundamento em Ferrés) pelo pensamento associativo (associação do objeto veiculado com um objeto de desejo, por exemplo, associação de computadores e quadras esportivas nas escolas, de praça de lazer com um governo), não atua por argumentação, mas por transferência, ela atua por simples contiguidade, por proximidade, por

semelhança, por simultaneidade, por associação emotiva ou simbólica. Pretende seduzir, atrair o receptor pelo fascínio.

Mesmo que satisfaça direitos sociais, mesmo assim, esse tipo de propaganda pode ser mero instrumento de persuasão, como é o caso de aparelhar uma escola com computadores, de construir quadras esportivas, tudo sem nenhum programa de manutenção dos objetos; isso é instrumento de manipulação e não de educação. É muito comum a apresentação de programas grandiosos sem a infraestrutura necessária para que aquilo funcione, o que leva ao sucateamento do bem em pouco tempo. Outro exemplo curioso é a promessa de construção de piscina nas escolas, sem destacar que nossa educação é de péssima qualidade, quando comparada até mesmo com os nossos vizinhos da América Latina.

Esse processo de propaganda subliminar por processo de sedução foi estudado por Nascimento (2001, p. 4), em dissertação de mestrado. A autora analisou peças publicitárias de joalherias veiculadas em revistas semanais, voltadas para o público feminino, e constatou a “recepção de estímulos não captados conscientemente e que levam, muitas vezes, o sujeito a uma interpretação da realidade distante da racionalidade, sendo impulsionado a agir pela emotividade”. Conquanto tenha sido feito no âmbito da propaganda voltada para o comércio, o estudo tem a mesma dimensão da propaganda que envolve direitos sociais. Aqui também, os objetos de desejo são expostos na propaganda, para que o destinatário queira aquilo e o associe ao governo que o apresenta.

Um caso curioso de como e quanto a propaganda do

governo, utilizada no interesse do grupo governista, pode subverter valores e até mesmo a realidade, é encontrado na chamada propaganda de prestação de contas, oportunidade em que o governante “apresenta seus feitos”. Ele usa o dinheiro público para promover o seu governo (sua pessoa ou o grupo que está no poder), de modo persuasivo, e chama isso de prestação de contas. É preciso ressaltar que a exigência de transparência dos órgãos públicos, como princípio, não se confunde com propaganda do governo; esta não pode ser identificada como ato de transparência de um governo, ela vai além, ela é persuasiva. Conforme já anotado (STRIQUER SOARES, 2006, p. 14-15), a propaganda é técnica de comunicação social e se utiliza da persuasão como via de comunicação daquilo que pretende comunicar. A propaganda do governo, sendo persuasiva, por ser propaganda, pode ser utilizada (e será, certamente, se isso não for coibido) para moldar a convicção dos cidadãos conforme os interesses do grupo governante, para conduzir o povo a manifestar-se ou, no mínimo, opinar, conforme os interesses do grupo governante (como normalmente se fez em governos plebiscitários ou cesaristas, o que está longe do Estado Democrático de Direito exigido em nossa Constituição). A prestação de contas veiculada por meio de propaganda nunca irá atacar as mazelas dos governantes, mas apenas demonstrará seus méritos. Isso não é prestação de contas, é manipulação da sociedade. É um exemplo de quanto é possível subverter os fatos, o governante diz estar prestando contas, mas está se utilizando de instrumentos de persuasão, pagos com dinheiro público, para convencer o povo de que fez um bom governo, por pior que tenha sido.

## 7. Propaganda dos órgãos públicos, direitos sociais e controle jurídico da propaganda irregular

De tudo o que foi dito, constata-se que os direitos sociais foram positivados e têm sua efetividade dependente do embate político (político, mas dentro de limites jurídicos, depois de positivados). Percebe-se daí, que nesse enfrentamento político, os governantes ainda levam grande vantagem sobre o povo, com a utilização da chamada propaganda dos órgãos públicos, autorizada no art. 37, § 1º. da nossa Constituição. Isto porque manipulam o povo com promessas, não cumprem as promessas, continuam no poder e o povo ainda paga a conta da propaganda.

Esse enfrentamento político precisa ser enriquecido com as limitações jurídicas: a propaganda deve ater-se aos limites autorizados no art. 37 da Constituição Federal; e as promessas devem seguir planejamento criterioso, fixado em lei (tanto para sua proposta, como para sua realização e sua manutenção – a promessa não deve ser imediatista).

Sobre propaganda do governo, tema deste estudo, o dispositivo que a autoriza prescreve o objeto a ser veiculado, a finalidade da propaganda a ser veiculada e proíbe que ela afronte o princípio da impessoalidade. Quanto ao objeto, é possível veicular atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos. O objeto é bastante abrangente e não está exatamente aí a possibilidade de controle da propaganda do governo.

O controle da propaganda do governo pode ser feito pela finalidade a ela autorizada. Nos termos do art. 37, § 1º. da nossa Constituição, a propaganda deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social. São finalidades prescritas que devem ser observadas. Contudo,

há uma armadilha nessa determinação. Não basta que a finalidade prevista (podemos dizer, prevista expressamente na lei, no caso, na Constituição) seja observada, informar, por exemplo. Conforme ensina Di Pietro (2001, p. 85-86), além dos fins previstos na lei, o Administrador Público está vinculado a fins de interesse público. Assim, não basta veicular uma informação na propaganda; essa informação deve atender a um fim de interesse público. A mera informação não satisfaz a regra constitucional. Fazer propaganda, por exemplo, para informar que a rua foi asfaltada, quando toda a cidade já tomou conhecimento do fato, não apresenta interesse público algum, o objetivo dessa propaganda, no fundo, sem interesse público algum, é promover o grupo governista.

Além do objeto e da finalidade, a veiculação da propaganda não deve ferir o princípio da impessoalidade. Cármen Lúcia Antunes Rocha destaca três dos vícios personalistas mais comuns na Administração Pública: o *nepotismo* (1994, p. 158), pelo qual os agentes públicos, valendo-se dos cargos por eles ocupados, concedem favores e benéficos pessoais a seus parentes e amigos; o *partidarismo* (1994, p. 164), pelo qual as decisões administrativas passam a ser tomadas não mais de acordo com o interesse público, para o bem de toda a sociedade, mas segundo as conveniências da facção que está no poder ou de seus “correligionários” e as pessoas que compõem “os quadros partidários” (o objetivo é, então, basicamente, permanecer no poder e tutelar os interesses de grupos e facções políticas); e a *promoção pessoal* (1994, p. 168), pela qual o administrador, valendo-se do cargo público por ele ocupado, e precisando ter as atividades a ele inerentes divulgadas para conhecimento da população, busca

contornar o impedimento constitucional de personalizar o exercício da função pública e tirar proveitos daquela difusão dos fatos, atos e serviços.

Os direitos sociais, assim como os individuais, foram positivados depois de embates políticos, por meio de lutas contra privilégios. Esses enfrentamentos não cessaram com a positivação dos direitos sociais, ao contrário, sua efetividade ainda permanece na dependência de cobranças que ainda estão muito presas ao campo da política, embora o Direito tenha evoluído bastante principalmente depois da Segunda Guerra Mundial.

## Conclusão

Não se pretende, com este estudo, conclamar a todos para uma luta armada ou para qualquer tipo de afronta ao poder instituído. Ao contrário, o que se pretende com este estudo é uma revisão de conceitos, para demonstrar que a propaganda do governo em nosso país tem sido utilizada indevidamente e que os direitos sociais servem, muitas vezes, como bandeira de grupos governistas para manipular o povo em seu favor.

A efetividade dos direitos sociais não pode servir como argumento para a manipulação da sociedade. É indispensável que se faça controle criterioso sobre a propaganda dos órgãos públicos, nos termos permitidos pela Constituição. Desprezar esse controle significa deixar o povo à mercê do grupo governista, para ser manipulado. Pior, é deixar que ele seja manipulado com promessas de bens de vida tão caros.



## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia*. 5. ed. São Paulo: Summus, 1992.
- CORAZZA, Sonia. *Aromacologia: uma ciência de muitos cheiros*. São Paulo: SENAC, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRÉS, Joan. *Televisão subliminar: socializando através de comunicações despercebidas*. Tradução por Ernani Rosa e Beatriz A. Neves. Porto Alegre : Artmed, 1998.
- GRACIOSO, Francisco. *Propaganda institucional*. São Paulo: Atlas, 1995.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- NASCIMENTO, Sônia Maria Moro do. *Recepção subliminar: o poder sedutor das mensagens indiscerníveis*. 2001. Dissertação (Mestrado em que área?) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA Gustavo. *Dicionário de comunicação*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z: como usar a propaganda para construir marcas e empresas de sucesso*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 2002.

STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. O princípio constitucional da publicidade e propaganda do governo, *Revista Jurídica da UniFil*, Londrina, n. 4, p. 64-76, 2007.

\_\_\_\_\_. *Prestação de contas e propaganda: a persuasão para construir as maravilhas do governo*. Anais [Recurso eletrônico] do XIV Congresso Nacional do CONPEDI (2005: Fortaleza, CE). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Marcos%20Antonio%20Striquer%20Soares.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2012.

# O princípio da igualdade e a concretização dos direitos sociais fundamentais

Artigo recebido em 2/03/2012.

Revisado em 22/06/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

**Luis Alberto da Costa**

Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Auditor Fiscal da Receita Estadual do Ceará.

## Resumo

Este estudo discute a aplicação do princípio da igualdade, partindo de uma análise histórico-conceitual que aponta para uma compreensão na perspectiva do constitucionalismo dirigente, promovedor da justiça social, o que implica na concretização de direitos sociais fundamentais como condição para a prática da democracia

e possibilita a superação da discricionariedade judicial por uma aplicação do direito fundada e integrada na normatividade da Constituição.

## **Palavras-chave**

Princípio da igualdade. Direitos sociais. Estado social. Constitucionalismo.

## **Abstract**

This study discusses the application of the principle of equality, based on a historical analysis, that points to a comprehension in the perspective of ruling constitutionalism, promoting social justice, which implies in the realization of fundamental social rights as a condition for the practice of democracy and allows overcoming of judicial discretion by applying the law founded and integrated in the normativity of the Constitution.

## **Keywords**

Principle of equality, social rights, welfare state, constitutionalism.

## **Sumário**

Introdução. 1. Uma breve e necessária investigação histórico-conceitual do princípio da isonomia. 2. O princí-

pio da isonomia na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo. 3. O problema da aplicação do princípio da isonomia: entre a discricionariedade e a adequação constitucional (o exemplo da Lei Maria da Penha, entre outros). Conclusão. Referências.

## Introdução

Não seria exagero afirmar que o extenso e expressivo rol de direitos sociais que caracteriza a Constituição da República de 1988 situa-se entre as maiores conquistas (talvez a maior) de toda história do Estado brasileiro. A toda evidência, a Magna Carta, de 1988, expressa, no plano jurídico, os grandes anseios de nossa sociedade, mormente os objetivos dispostos em seu art. 3º, como a erradicação da pobreza, das desigualdades sociais e regionais e de toda forma de discriminação, enfim, a efetiva conquista da justiça social.<sup>1</sup>

Por outro lado, também não é exagero afirmar que esses direitos sociais ainda não foram devidamente implementados. Vivemos em uma sociedade injusta e desigual, com cerca de trinta milhões de pessoas vivendo em condições miseráveis, sem acesso aos direitos que lhes dariam as mínimas condições para um adequado exercício da cidadania. Esse é o aspecto mais lamentável do nosso ambiente político, jurídico e social.

Todavia, expressar essas lamentações já há muito se tornou lugar comum, e, decerto, não é nesse sentido que este breve texto se desenvolverá. Contudo, é relevante e necessário lembrar essa infeliz contradição entre o

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012  
O princípio da igualdade e a concretização dos direitos sociais fundamentais - pp. 411-446  
COSTA L. A. da

texto constitucional e a realidade vivida pela maioria da população. Assim, a questão que se avulta é sobre como compatibilizar uma Constituição pródiga em direitos sociais e comprometida com a justiça social diante do lamentável quadro social em que vivemos, carente de tantas condições básicas para uma vida digna.

E essa questão parece mesmo representar um dos grandes desafios do Direito em nossos tempos. Diante de tamanho descompasso entre a Constituição e a realidade social, nossa comunidade jurídica parece ter chegado a um momento crucial no que se refere a esta tal tarefa de concretização dos direitos sociais constitucionais. Momento em que se faz necessário e urgente desenvolver-se e consolidar-se uma doutrina consistente e coerente para a aplicação desses direitos sociais, seja no âmbito da legislação infraconstitucional ou na aplicação direta de dispositivos constitucionais aos casos concretos.

É, portanto, de fundamental importância uma adequada construção teórica, sobretudo, em torno de princípios constitucionais que balizam toda a aplicação dos direitos fundamentais sociais, e que devem fundamentar toda a aplicação do direito, no sentido da busca pelos objetivos dispostos no art. 3º da nossa Constituição. Dentre esses princípios constitucionais, exsurge, numa condição primordial e basilar, mormente sua vinculação direta aos objetivos definidos no art. 3º, CF/88, o princípio da isonomia, entendido em sua acepção material, na linha daquilo que o mestre Bonavides<sup>2</sup> denomina igualdade fática.

Desse modo, é preciso ressaltar que na compreensão do princípio da isonomia (ou igualdade fática) reside o modo como se devem implementar os direitos sociais

fundamentais, máxime, as condições definidoras da interpretação/aplicação do direito, de modo a atingir de forma decisiva, por fim, a realidade social vigente, ainda que tão tardiamente.

Nesse contexto, a questão controversa que se coloca diz respeito a todo um processo hermenêutico de compreensão e de adequação dos institutos jurídicos de desigualamento formal que visam justamente à promoção da igualdade fática. Em todas as situações jurídicas que envolvem esta difícilíssima questão, surgem infundáveis e controversos debates em torno dos sentidos e limites de aplicação do princípio da isonomia, que muitas vezes acaba por servir para fundamentar/justificar decisões ou opiniões em sentidos diametralmente opostos, como, v.g., no caso de alguns dispositivos da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), ou nos casos que envolvem a reserva de vagas nas Universidades Públicas.

Portanto, esta é a questão a ser analisada neste estudo, inicialmente, empreendendo-se uma breve investigação conceitual sobre o princípio da isonomia, e em seguida, examinando-se algumas das diversas implicações desse princípio no que tange aos esforços e dificuldades para a concretização dos direitos sociais, buscando-se uma compreensão fundada numa perspectiva de máxima normatividade e de eficácia da Constituição.

## 1. Uma breve e necessária investigação histórico-conceitual do princípio da isonomia

Na tradição ocidental, a ideia de isonomia, em sentido político e jurídico, remonta à Grécia antiga, ou

mais precisamente, à democracia ateninense. Sabe-se, entretanto, que a ideia de democracia vigente em Atenas era bem diferente da que se tem no mundo contemporâneo. De fato, somente os considerados “cidadãos”, uma classe restrita de homens livres, poderiam participar da vida política da *polis*, de modo que se excluía desse grupo, p. ex., as mulheres, bem como os escravos, que representavam a grande maioria da população, já que a economia ateniense se baseava em guerras e no escravismo. Havia ainda uma categoria social formada por estrangeiros residentes na *polis*, chamados “metecos”, que também não eram considerados como cidadãos.<sup>3</sup> E a própria classe dos “cidadãos” estava organizada de forma rigidamente hierarquizada. Era, portanto, uma estrutura social de forte desigualdade.

Nesse contexto, a concepção de igualdade entre os atenienses baseava-se na ideia de justiça desenvolvida na filosofia de Aristóteles, sobretudo a ideia de justiça distributiva, ou igualdade geométrica, pela qual se conferiam distintos direitos às pessoas, de acordo com os “valores” de cada um, ou seja, nesta espécie de proporção geométrica, atribuíam-se direitos proporcionais aos “méritos” de cada indivíduo, conforme aquilo que era, para os atenienses, considerado como fator de merecimento. Já na (também aristotélica) ideia de justiça corretiva (ou igualdade aritmética) encontra-se uma espécie de meio termo que seria aplicado de forma equânime, entre os cidadãos, ainda que pertencentes a classes hierárquicas distintas, mas excluindo-se, nesse caso, os não-cidadãos (ARISTÓTELES, 2003, pp. 109-111).

Evidentemente, a justiça distributiva atendia



melhor às necessidades de composição de interesses entre os cidadãos atenienses, sobretudo, com relação aos possuidores de maiores “méritos”, o que correspondia a uma posição social mais elevada. De fato, esta noção de igualdade presente na ideia de justiça distributiva era a base da harmonia entre os desiguais na *polis* grega. É expressiva, nesse sentido, a seguinte afirmação de Aristóteles (1998, p. 162): “A igualdade parece ser a base do direito, e o é, efetivamente, mas unicamente para os iguais e não para todos. A desigualdade também o é, mas apenas para os desiguais”.

Desse modo, pode-se compreender que a ideia predominante de isonomia na Grécia antiga, compatibilizada com os interesses preponderantes e com a tradição histórico-cultural então vigente, baseava-se na atribuição de direitos desiguais a pessoas desiguais, na proporção de suas desigualdades, o que correspondia à proporção de seus méritos, fundados na condição de cada cidadão dentro da rígida estrutura hierárquica da *polis* grega.

Tanto a Antiguidade quanto a Idade Média foram fortemente influenciados por esta mesma ideia de igualdade geométrica. Para os romanos, cuja influência em todo o direito ocidental é indiscutível, tal noção de igualdade geométrica estava presente na base de sua organização social, sobretudo no modo diferenciado como eram atribuídos direitos a patrícios e plebeus, bem como em sua estrutura escravista, nota característica daquela sociedade.

Na Roma Antiga essa desigualdade era extrema. Contudo, tanto na Roma Republicana quanto no Império, foram-se concedendo, gradativamente, alguns importantes

direitos às classes menos favorecidas, diminuindo-se sobremaneira as desigualdades entre o povo romano. Dentre as mais importantes Leis editadas nesse sentido, merecem destaque a Lei das XII Tábuas e o Editto de Caracala<sup>4</sup> (CRETELLA JÚNIOR, 2004).

De fato, essa ideia de igualdade geométrica, no sentido de se conceder direitos mais amplos às classes sociais mais privilegiadas, implica num constante e inevitável acirramento das tensões entre as diversas camadas sociais. Não se pode, decerto, sobretudo no plano jurídico, sustentar por longos períodos uma situação de extrema opressão, e o ponto crítico e central nesse conflito de interesses reside justamente na atribuição de direitos específicos às diferentes classes sociais. Com isso, percebe-se que essas modificações operadas no âmbito da sociedade romana refletem um processo lógico e adaptativo do direito, o que, por óbvio, representa uma forte influência na história conceitual do princípio da isonomia.

A Idade Média foi marcada pela desigualdade e pela forte imobilidade social. A estrutura feudalista daquela sociedade, caracterizada pela servidão e vassalagem, foi decisiva para a predominância da igualdade geométrica, baseada na rígida organização social que classificava os indivíduos em nobres, clérigos e servos. Desse período histórico há de se registrar, todavia, a forte influência da ideia de igualdade propugnada na doutrina cristã. De fato, no cristianismo prevalece a noção de igualdade entre todas as pessoas, independente de sua condição social. Entretanto, no âmbito do direito, esta ideia de igualdade teve alcance limitado, já que sua aplicação era bastante restrita ao plano teológico.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012  
O princípio da igualdade e a concretização dos direitos sociais fundamentais - pp. 411-446  
COSTA L. A. da

Já na Idade Moderna, importantes eventos históricos operaram uma profunda modificação das estruturas sociais. O renascimento nas artes, a revolução científica, a reforma protestante, o ressurgimento e desenvolvimento do comércio, a revolução industrial, bem como as revoluções do pensamento humano, como as doutrinas do iluminismo e do jusnaturalismo. Enfim, mudanças estruturais que culminaram com a revolução burguesa, que marcou o fim do domínio da nobreza e do clero sobre a sociedade.

Assim, com o fim da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea, período histórico marcado pela Revolução Francesa, a burguesia, a nova classe social que ascendia rumo ao topo da estrutura social, passa a impor mudanças profundas no modo de se conceber a ideia de justiça e, portanto, a ideia de igualdade. Com a revolução burguesa, surge a ideia de igualdade formal, ou igualdade jurídica em sentido estrito, vale dizer, todos são iguais perante a lei, não importando sua condição econômica ou social, é a ideia de igualdade estabelecida abstratamente na (e somente na) lei, nota essencial da doutrina liberal-individualista.

Portanto, individualismo e liberalismo são os pilares da ideia de justiça e de toda a estrutura social daquele período histórico. Na doutrina do Estado liberal-burguês, o poder estatal aparece como o maior inimigo da liberdade, conforme assevera o Professor Bonavides (2009, p. 40). Dessa forma, a intervenção do Estado na vida das pessoas deveria ser a mínima possível. O indivíduo, entendido como um fim em si mesmo, como na clássica concepção kantiana do sujeito da modernidade<sup>5</sup>, finalmente livre da opressão do Estado, igual a todos perante o direito, poderia enfim exercer o seu “direito natural” de liberdade.

De fato, o que pretendia este sujeito burguês capitalista da modernidade era livrar-se do domínio da monarquia absolutista, da nobreza e do clero, já que ele, e somente ele, detinha o poder econômico suficiente para exercer toda a plenitude da liberdade oferecida no contexto do Estado liberal. Assim, a igualdade formal da doutrina liberal-individualista é intrínseca à própria ideia de liberdade necessária aos anseios da revolução burguesa capitalista.

No entanto, a igualdade formal logo revelaria sua face devastadora e geradora de desequilíbrios e tensões sociais. Afinal, essa igualdade apenas servia para consolidar a dominação da classe burguesa, detentora do poder econômico, que lhe possibilitava oprimir e explorar as classes menos favorecidas economicamente. Na lição do mestre Bonavides (2009, p. 61), “a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na verdade, sob o manto de abstração, um mundo de desigualdade de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais”. A principal expressão dessas tensões pôde ser vista no duro e preciso diagnóstico da sociedade capitalista levado a termo pelas doutrinas socialistas, máxime o pensamento marxista, com se vê, v.g., no Manifesto Comunista, nas palavras dos autores:

Onde quer que tenha assumido o poder, a burguesia pôs fim a todas as relações feudais, patriarcais e idílicas. Destruiu impiedosamente os vários laços feudais que ligavam o homem e seus “superiores naturais”, deixando como única forma de relação de homem a homem o laço do frio interesse, o insensível “pagamento à vista”. Afogou os êxtases sagrados do fervor religioso, do entusiasmo cavalheiresco, do

sentimentalismo pequeno-burguês nas águas gélidas do cálculo egoísta. Fez da dignidade pessoal um simples valor de troca e em nome das numerosas liberdades conquistadas estabeleceu a implacável liberdade de comércio. Em suma, substitui a exploração, encoberta pelas ilusões religiosas e políticas, pela exploração aberta, única, direta e brutal.

(MARX e ENGELS, 2004, pp. 47-48)

Esse modelo de organização social, nas palavras de Bonavides (2009, p. 188), “não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desposados de quase todos os bens”. É nesse contexto, de insuficiência da doutrina liberal frente às contradições que conduziam ao irremediável e insustentável desequilíbrio social e político, que exsurge o Estado Social, que em sua concepção jurídico-constitucional, visa à tutela da dignidade humana e da justiça social, de modo a, inevitavelmente, interferir mais profundamente nas relações sociais, buscando estabelecer condições de equilíbrio entre as diferentes classes sociais, promovendo o acesso das classes menos favorecidas às prestações estatais que lhes possibilitem melhores condições de vida, como a educação, a assistência médica e o saneamento básico, entre muitos outros serviços.

Desenvolve-se, então, a ideia de igualdade material (fática), como objetivo e dever do poder estatal. Assim, o Estado passa a ter a função de estabelecer as condições necessárias para promover a justiça social, no sentido de diminuir as desigualdades sociais e econômicas entre os indivíduos, como se nota no art. 3º da nossa Constituição. Ou seja, a lei não torna as pessoas iguais (de fato), pois

não tem o poder de determinar a realidade, mas a lei prevê mecanismos tendentes a promover a igualdade e equilibrar as relações entre as pessoas.

Do que foi dito até aqui, pode-se perceber que o princípio jurídico da igualdade é construído e compreendido a partir e nos limites dos paradigmas da tradição histórico-cultural, na faticidade e temporalidade inerente à compreensão de todo e qualquer fenômeno jurídico. Desse modo, igualdade geométrica, formal ou fática são conceitos históricos que só podem ser entendidos dentro dos seus próprios paradigmas, vale dizer, dentro das condições possibilitadoras de sua compreensão, que são, sempre, condições histórico-culturais.

Portanto, parece evidente que se pretendemos compreender o princípio constitucional da igualdade (ou isonomia), devemos fixar essa compreensão dentro dos paradigmas do nosso tempo e da nossa sociedade. Em outras palavras, toda e qualquer fundamentação do princípio da isonomia insere-se no que podemos denominar Constitucionalismo Contemporâneo<sup>6</sup>. E isso ocorre porque vivemos sob a égide de uma Constituição dirigente compromissória<sup>7</sup>, dotada de capacidade para constituir o direito, dirigir o agir político e social e estabelecer uma nova realidade para o nosso Estado e nossa sociedade.

## 2. O princípio da isonomia na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo

Lembrando Gadamer (1998, p. 415), é preciso observar que “não é a história que pertence a nós, mas nós

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012  
O princípio da igualdade e a concretização dos direitos sociais fundamentais - pp. 411-446  
COSTA L. A. da

é que e ela pertencemos”, e que só podemos compreender algo quando questionamos aquilo que está além do que foi dito (GADAMER, 1998, p 544). Daí, é preciso questionar as condições paradigmáticas que possibilitam a compreensão do que estamos investigando, e essa compreensão resultará de uma percepção cultural e historicamente condicionada, que nos proporciona sempre uma certa perspectiva<sup>8</sup> da realidade, fundada nos paradigmas predominantes em cada contexto histórico-cultural. São, portanto, as condições possibilitadoras dessa perspectiva que devemos investigar a fim de compreendermos o princípio da isonomia, ou seja, quais os paradigmas que conformam essa compreensão.

Em sua célebre obra “A estrutura das revoluções científicas”, Thomas Kuhn formula o conceito de paradigma que permeou todo o pensamento ocidental nas últimas décadas. Para o autor, “paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 1989, p. 219). Ao estabelecer um paradigma, a comunidade científica adota critérios para solução de problemas, sendo tais critérios, no âmbito de validade deste paradigma, as condições possíveis para uma decisão coerente e adequada (KUHN, 1989, p. 60).

Como condição necessária para compreendermos, portanto, o complexo conteúdo do princípio constitucional da isonomia, é imprescindível a adoção de critérios decorrentes dos paradigmas que orientam a construção do direito contemporâneo, ou seja, os pressupostos teóricos fundamentais que orientam e conformam a comunidade jurídica.

Na noção contemporânea de Estado Democrático

de Direito, concebida, sobretudo, na teoria discursiva desenvolvida por Habermas, e trabalhada no direito pátrio por eminentes juristas, como, v.g., Álvaro de Souza Cruz e Marcelo Cattoni de Oliveira<sup>9</sup>, sustenta-se o paradigma procedimentalista como superador das insuficiências intrínsecas ao Estado Social, já que este se baseia em uma estrutura paternalista e dependente da uma atuação estatal excessivamente intervencionista, autoritária e restritiva de liberdades.

Essa estrutura autoritária e paternalista é duramente criticada por Habermas (1997, p. 147), pois, para ele, “uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã (pública) de seus membros, pois ambas são co-originárias”.

Com o procedimentalismo habermasiano, essa autonomia privada e cidadã garante ao indivíduo uma atuação como agente formador do direito e, de modo mais amplo, da própria sociedade. Nesse sentido, ressalta-se a importância de uma maior participação, nesse procedimento democrático, das esferas públicas autônomas, da domesticação do poder da mídia, da mediação dos partidos políticos, enfim, da conversão das diversas formas de opinião pública em poder comunicativo, capaz de atuar no sentido de autorização sobre o legislador e de legitimação sobre a administração reguladora, bem como de uma atuação da crítica do direito no sentido de imposição de uma rigorosa fundamentação jurídica (HABERMAS, 1997, p. 185). Sobre essa autonomia, vejamos as palavras do ilustre autor:

Os lugares abandonados pelo participante autônomo  
e privado do mercado e pelo cliente de burocracias



do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam dos discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para tratamento diferenciado de casos diferentes. (HABERMAS, 1997, p. 183)

De fato, a concepção de Estado social surge como uma transformação superestrutural pela qual passou o antigo Estado liberal, assumindo variados sistemas de organização política, incluindo-se nessa órbita regimes jurídicos antagônicos como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo, mas o Estado social da democracia distingue-se dos demais por sua feição jurídico-constitucional de tutela dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2009, p. 184). Contudo, a toda evidência, intervencionismo e paternalismo são notas características em quaisquer formas assumidas pelo Estado social, inclusive o da democracia.

Desse modo, o paradigma procedimentalista propugna que mesmo esta forma jurídico-constitucional do Estado social, por seu intervencionismo em face da autonomia do sujeito de direito, ameaça a própria democracia. Assim, no que tange ao princípio da isonomia, a questão primordial que se coloca é sobre a compatibilidade entre o paradigma da democracia e intervencionismo estatal no sentido de promoção da igualdade fática.

Como dito acima, na teoria discursiva de Habermas, o paradigma democrático está calcado em uma efetiva participação do cidadão nos discursos políticos, atuando, p. ex., na formação dos critérios de aplicação do princípio da igualdade. Em outras palavras, seria o próprio sujeito da

relação de igualdade (ou desigualdade) que iria construir os critérios para se definir em que situações se aplica o tratamento igual ou desigual.

O problema que se interpõe entre o paradigma procedimentalista e o atual contexto histórico-cultural da nossa sociedade está no déficit desmedido entre a realidade social e os objetivos declarados no texto da nossa Constituição. Decerto, esse abismo entre a norma constitucional e as condições de vida do povo corresponde justamente à ausência das condições imprescindíveis para o exercício de uma autonomia cidadã, ou seja, essa pretensa capacidade de participação do indivíduo nos discursos políticos democráticos não será possível sem a promoção das condições básicas inerentes aos direitos sociais fundamentais plasmados no texto constitucional, e ainda não concretizados. Daí a inexorável indagação trazida por Lênio Streck (2011, p. 157): “como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido?”

O ilustre professor ressalta que “no texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado.” (STRECK, 2011, p. 171). E, se esse núcleo de direitos sociais fundamentais ainda não foi concretizado, é necessário voltarmos toda nossa atenção para os objetivos propostos no artigo 3º da Constituição, que são os fins da própria sociedade brasileira.

Portanto, promover a justiça social, erradicar a pobreza e as desigualdades sociais e regionais não são utopias ou meras promessas do constituinte, ao contrário,

são metas que a Constituição impõe ao Estado e à sociedade, sobretudo, aos que contribuem para a construção do direito. Nessa mesma linha, Daniel Sarmento (2004, p. 338), comenta que a Constituição, ao dispor em seu art. 3º sobre os objetivos fundamentais da República brasileira expressa um princípio jurídico, cuja eficácia normativa é evidente, sobretudo como vetor interpretativo, não obstante sua abertura e indeterminação semântica.

Definitivamente, não se pretende aqui refutar a teoria discursiva habermasiana, nem mesmo fazer ressalvas às teses do respeitado e influente filósofo e sociólogo alemão. Na verdade, é notória a importância de sua teoria para a consolidação do paradigma democrático nos Estados contemporâneos, mormente aqueles que caminham para uma relativa conquista da igualdade material entre seus cidadãos. Nesse sentido, a teoria habermasiana é fundamental para a construção desse processo democrático, em que os sujeitos de direitos não são apenas destinatários das normas jurídicos, mas também efetivos formadores das condições políticas e jurídicas que conformam as estruturas da sociedade.

E nesse aspecto, o Brasil não é uma exceção, pois, afinal, é claro e expressivo o parágrafo único do art. 1º da CF/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Portanto, se todo o poder, no Estado Democrático brasileiro, é do povo, os fundamentos da teoria habermasiana estão em conformidade com o cerne da Constituição brasileira.

No entanto, a formação das condições de possibilidade para um procedimento democrático, nos

moldes propugnados por Habermas, depende fundamentalmente da superação do gigantesco abismo social que mantém a grande maioria da nossa população distante da autonomia privada e cidadã, alicerce da teoria discursiva procedimentalista.

Dito de outro modo, afirmar que o povo brasileiro, em sua maioria, carente de condições básicas para uma vida digna (seja lá o que isso possa significar), como serviços de saúde, educação, moradia, saneamento básico, defesa ao consumidor, entre outros direitos, estaria apto a exercer a autonomia privada e cidadã que possibilitaria a consolidação da democracia procedimentalista, é algo que não condiz com nossa realidade.

Esse fechar de olhos para a realidade não é permitido pela nossa Constituição, que, máxime seu núcleo de direitos fundamentais, determina que a justiça social seja objetivo da nossa sociedade. Daí, ganha relevância o problema da desigualdade fática, sobretudo a desigualdade social, e a superação dessas desigualdades se torna a condição possibilitadora para a conquista da autonomia do sujeito de direito da teoria habermasiana.

Decerto, não se pode pretender (e não é essa a proposição ora exposta) que os indivíduos obtenham condições sociais exatamente iguais, como salários, lazer, moradia, nível de escolaridade e capacitação profissional, entre outros aspectos. Não é disso que se trata, e isso não é necessário. O que se pode entender como o requisito da igualdade fática está nas condições que possibilitam a cada indivíduo, em situação de igualdade, participar do procedimento democrático, ou seja, contribuir efetivamente para a formação dos critérios de tratamento que garantam

o bem-estar de todos, e isso, sejamos realistas, estamos muito de longe de alcançar. Essa é nossa grande dívida em termos de eficácia da Constituição.

É nesse sentido que Lênio Streck sustenta que cada Constituição depende de sua identidade nacional e das especificidades de cada país, e que o constitucionalismo está vinculado a esses fatores, de modo que “não há um constitucionalismo, mas, sim, vários constitucionalismos” (STRECK, 2011, p. 168). Daí a inevitável constatação de que o Constitucionalismo brasileiro, em conformidade com as características histórico-factuais do nosso país e da nossa Lei Maior, entendida como uma Constituição dirigente-compromissória adequada a países de modernidade tardia deve tratar da construção das condições para o resgate das promessas da modernidade, ainda não cumpridas, mormente a enorme dívida quanto à eficácia dos direitos sociais-fundamentais (STRECK, 2011, pp. 168-170).

Assim, uma adequada perspectiva de compreensão do princípio da isonomia está vinculada a essa ideia de constitucionalismo dirigente-compromissório, em conformidade com os paradigmas do Estado Democrático e Constitucional. Desse modo, é preciso partir-se do pressuposto de que a Constituição constitui o agir político, jurídico e social, e com isso, toda e qualquer aplicação do princípio da isonomia deve encontrar na Constituição as condições de compreensão/interpretação adequadas. Vale dizer, os sentidos e critérios de igualamento e desigualamento já estão presentes no texto constitucional. Assim, cabe ao intérprete/aplicador alicerçar seu entendimento em princípios e regras constitucionais, em vez de basear sua compreensão de (des)igualdade em fundamentos lógico-formais.

É importante lembrar, nesse sentido, que se podem encontrar no texto constitucional diversas normas que estabelecem tratamento diferenciado (ou desigual) para determinados sujeitos e/ou em determinadas situações, como, v.g., no art. 170, IX, em que se prevê, como princípio da ordem econômica, o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. No artigo 143, III, “d”, dos princípios gerais do sistema tributário nacional, também se prevê “definição de tratamento diferenciado e favorecido” a essas empresas. Já o art. 23, X, dispõe que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. O art. 227 dispõe: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à [...]”. O art. 7º, XX, prevê proteção do mercado de trabalho da mulher com incentivos específicos. Enfim, muitos outros exemplos podem ser citados. A isonomia, portanto, tem um conteúdo constitucional.

Ademais, as regras e (principalmente) os princípios constitucionais sempre possuem no âmbito de sua eficácia normativa a característica de atuarem como normas dirigentes da interpretação/aplicação do direito. Em outras palavras, é intrínseca ao Constitucionalismo Contemporâneo a obrigação de que todas as leis sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais, ou seja, toda aplicação do direito pressupõe uma compreensão constitucional de todo o fenômeno jurídico que envolve cada caso concreto.

Por fim, na perspectiva dos atuais paradigmas da ciência jurídica, podemos relembrar o clássico conceito do Professor Bandeira de Mello (2010, p. 21), confrontando-o com o paradigma do constitucionalismo dirigente-compromissório típico do nosso ordenamento, nos três aspectos fundamentais do princípio da isonomia formulados pelo eminente professor:

- I) identifica-se na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, um dado elemento tomado como fator de desigualação. Nesse caso, a própria constituição dispõe sobre diversos desses elementos que justificam a desigualação, e, quando esse elemento não provém diretamente do texto constitucional, há se verificar sua conformidade com a Constituição;
- II) verifica-se a correlação lógica entre o fator definido como critério de *descrímen* e a diferenciação conferida no tratamento jurídico específico. Aqui a constatação de correlação lógica, evidentemente, estará vinculada ao princípio constitucional da proporcionalidade. Não obstante a vagueza e absoluta abertura semântica desse princípio, ao compararmos o fator de discriminação e o tratamento legal diferenciado, podemos submeter essa correlação ao crivo dos princípios e regras constitucionais que regem a situação jurídica em questão, e fim de se aferir a proporcionalidade constitucionalmente adequada ao desigualamento proposto; e
- III) afere-se a consonância dessa correlação lógica com o sistema constitucional. Vale dizer, o tratamento desigual deve estar em conformidade com a

integridade e coerência do sistema constitucional, entendido no sentido dos fundamentos, objetivos e princípios constitucionais que dirigem o agir político, jurídico e social, e é neste ponto que se destaca o caráter transformador da Constituição de 1988, máxime seu aspecto de compromisso com a justiça social, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais.

Quanto ao aspecto da correlação lógica, é preciso lembrar que a lógica do direito contemporâneo não se confunde com a lógica formal, mas caracteriza-se como uma lógica do razoável, lembrando o mestre Luis Recaséns Siches, não, porém, num sentido essencialmente axiológico<sup>10</sup>, como defendia o notável jusfilósofo, mas sim, e antes de tudo, num sentido de prevalência da força normativa e dirigente da Constituição, como construtora dos sentidos do direito. Enfim, o razoável é o constitucional. Portanto, o conteúdo da razoabilidade na aplicação do princípio da isonomia decorre da própria Constituição.

### **3. O problema da aplicação do princípio da isonomia: entre a discricionariedade e a adequação constitucional (o exemplo da Lei Maria da Penha, entre outros).**

O princípio constitucional da isonomia é de fundamental relevância para a eficácia dos direitos sociais previstos na Constituição. Todavia, na discussão sobre como se constitui e se aplica o (des)igualamento entre os sujeitos

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012  
O princípio da igualdade e a concretização dos direitos sociais fundamentais - pp. 411-446  
COSTA L. A. da



de direito, temos uma fonte infindável de controvérsias e antagonismos. Em muitas situações de aplicação do princípio da isonomia, alterna-se a procedência de teses frontalmente conflitantes, mudando-se o entendimento de acordo com o convencimento (consciência) de quem julga, como se as condições de compreensão pudessem ser apropriadas pelo sujeito que interpreta/aplica o direito.

Note-se, p. ex., o problema da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, objeto de inúmeras arguições de inconstitucionalidade, questão já enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre o art. 1º da referida lei, formou-se a controvérsia quanto a sua compatibilidade com o princípio da igualdade. Desse modo, assim como muitos juízos singulares já o fizeram, a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul declarou<sup>11</sup> a inconstitucionalidade deste artigo, com base no art. 5º, I, da CF/88. Ademais, incontáveis artigos e monografias já foram escritos sustentando esta tese.

Pois bem, a questão discutida é a especial proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, não sendo atribuída a mesma proteção ao homem, nos termos<sup>12</sup> do referido art. 1º. Por sua vez o inc. I do art. 5º da Constituição da República dispõe: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Ora, entender que uma lei, ao dar tratamento distinto a homens e mulheres, estaria por isso infringindo o princípio da igualdade, seria, definitivamente, compreender o art. 5º, I, como a definição exata da igualdade formal, há tanto superada. Seria dizer que, simplesmente, a lei não pode estabelecer qualquer tratamento desigual a homens

e mulheres, nem mesmo nas situações em que é clara a desigualdade material.

De outro modo, considerar, pelo prisma procedimentalista habermasiano, que homens e mulheres têm a mesma autonomia privada e pública no processo democrático e que assim devem receber o mesmo tratamento legal, seria um fechar de olhos para a realidade, uma posição inadmissível na perspectiva do constitucionalismo dirigente-compromissório.

Afinal, não obstante todas as conquistas dos movimentos feministas e todo o recente processo de emancipação da mulher, não se pode negar, e é preciso sempre repetir no atual contexto de aplicação da Lei Maria da Penha, que no fato da violência praticada no âmbito das relações familiares a mulher se encontra, incontestavelmente, em uma posição vulnerável, de hipossuficiência (física, psicológica e/ou social), em relação ao homem. Podemos dizer até que esta constatação da realidade, por tão óbvia, dispensaria comprovações científicas.

Nesse contexto, o Estado tem o dever de garantir proteção especial à mulher. Não se trata de uma mera gentileza legislativa para com o gênero feminino, mas antes de tudo, esta proteção especial é uma obrigação estatal determinada pela Constituição, pois se o objetivo desta é produzir igualdade fática, isto é, na perspectiva do paradigma democrático, provendo aos sujeitos condições iguais de autonomia (no mesmo sentido habermasiano), parece óbvia a necessidade de o direito estabelecer, na questão da violência doméstica, um desigualamento formal entre homem e mulher, visando a diminuir a desigualdade material.

A Constituição, nitidamente, reconhece a hipossuficiência da mulher, v.g., art. 7º, XX<sup>13</sup>, art. 40, § 1º, III, e art. 201, § 7º<sup>14</sup>. Ademais, o § 8º do art. 226, CF/88, determina que o Estado crie mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares.<sup>15</sup> E este dever estatal corresponde a um direito social cuja concretização requer a especial proteção dos sujeitos vulneráveis da relação familiar, entre os quais se inclui a mulher.

Não se pode depreender do texto do inciso I do art. 5º, CF/88, que a Constituição reconhece a existência de uma igualdade material entre homens e mulheres. O que é preciso entender é que o direito deve sempre visar à igualdade material. Enfim, a realidade é sempre fática, não existe realidade abstrata. Portanto, a Constituição não pode dizer se existe ou não a igualdade fática, a lei não tem o poder de, por si só, criar uma realidade, o que se pode (e se deve) determinar é que onde haja a desigualdade fática, o direito busque compensá-la ou diminuí-la, justamente, por meio de um desigualamento formal. Não há, portanto, no art. 1º da Lei Maria da Penha, qualquer ofensa ao princípio da igualdade.

O problema mais grave que exsurge dessa discussão situa-se na imponderável e incontrolável discricionariedade judicial que impera em nosso direito, sob o manto dogmático do livre convencimento e do mito de que a verdade jurídica está na consciência do julgador, problemática há muito enfrentada e brilhantemente desmascarada pela firme e contundente crítica do Professor Lênio Streck. Em suas palavras: “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há mais espaço para que a ‘convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, ‘os casos difíceis’.” (STRECK, 2010, p. 56).

De tantas atrocidades interpretativas que envolvem esta Lei, vale lembrar alguns trechos da famosa decisão do juiz Edilson Rumbelsperger Rodrigues, de Minas Gerais:

Esta “Lei Maria da Penha” - como posta ou editada - é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; **herética porque fere a lógica de Deus**; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! **A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher** — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem. Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse: “(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)”

[...] Pois se os direitos são iguais — porque são — cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são, naturalmente diferentes. [...] É portanto por tudo isso que de nossa parte concluímos que **do ponto de vista ético, moral, filosófico, religioso e até histórico a chamada “Lei Maria da Penha” é um monstrego tinho. (sic)**

*(grifos nossos)*

(Revista Consultor Jurídico, 23 de outubro de 2007)

O que diria Kelsen diante de uma decisão desta categoria? Pois, com base na tese da moldura kelseniana<sup>16</sup>, alguns juristas poderiam (e muitos o fazem) justificar a validade deste tipo de decisão judicial. Afinal, o juiz “fundamentou” sua “horrorosa” decisão, assim como muitos outros juízes também “fundamentam” suas decisões com base em sua “convicção” e em seus “valores” pessoais, exercendo assim o seu “poder discricionário judicante”.

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012  
O princípio da igualdade e a concretização dos direitos sociais fundamentais - pp. 411-446  
COSTA L. A. da

Em se tratando de aplicação da isonomia parece evidente o caos hermenêutico em que estamos. Veja-se a que ponto isso pode chegar. Em ação direta de inconstitucionalidade, ADI 2649, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário de Passageiros, reputou inconstitucional a Lei 8.899/94, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. A alegação é de afronta a princípios constitucionais, entre os quais, pasmem, o da isonomia.

Ora, é evidente e indiscutível a perfeita aplicação do princípio da igualdade no referido tratamento privilegiado aos portadores de necessidades especiais em face dos demais usuários do sistema de transportes, que, por óbvio, arcam com o custeio do benefício, pois sem dúvida o valor correspondente é repassado ao preço das tarifas. De fato, ao passo que impressiona a capacidade do jurista brasileiro para criar teses tão horrendamente irracionais, é preciso lembrar que num país onde frequentemente se vê a sustentação da “cínica e ignóbil” tese da legítima defesa da honra em crimes de homicídio, talvez nem cause tanta perplexidade tal alegação de violação da isonomia na concessão de benefício aos portadores de deficiência.

Felizmente, ambos os casos<sup>17</sup> foram decididos pelo STF em sede de controle concentrado, o qual declarou, por unanimidade, a constitucionalidade do art. 1º da Lei Maria da Penha, na ADC 19, e julgou improcedente a ADI 2.649.

Entretanto, em outras situações desse tipo permanece o problema da incontrolável discricionariedade judicial e do caótico imaginário do jurista brasileiro. Note-se, por exemplo, o caso da reserva de vagas em Universidades públicas para alunos de escolas públicas.

Entre os argumentos contrários à adoção da reserva, alega-se que tal medida viola o princípio da isonomia, por criar uma discriminação, violando o direito daqueles que não estão inseridos no grupo dos beneficiados. (NOVELINO, 2010, p. 395)<sup>18</sup>.

Vejamos o que diz a Constituição a esse respeito, “art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”. Ora, será que, na concorrência pelas vagas oferecidas pela Universidade Pública, os alunos das escolas públicas (beneficiados) estão em condições de igualdade (fática) em relação alunos de escolas privadas (“prejudicados” pelo sistema de reserva de vagas)?

Se considerássemos que sim, que eles estão em igualdade de condições de acesso, certamente a reserva de vagas seria uma clara afronta ao princípio da igualdade. Entretanto, parece mais coerente abrir os olhos para a realidade e reconhecer que há muita (muita mesmo) desvantagem do aluno médio da escola pública em relação ao aluno médio da escola privada, e sendo os dois sistemas de ensino distintos, nada mais coerente, razoável e isonômico do que ser feita a reserva de vagas para cada sistema (público e privado) separadamente, o que possibilita, por meio da desigualação formal, uma concorrência faticamente igualitária.

Contudo, na aplicação da isonomia, parece que estamos mesmo em um confuso estado hermenêutico, à mercê da discricionariedade judicial e do surreal imaginário jurídico pátrio. Daí a importância de voltarmos nossa atenção à questão da coerência e integridade do direito, como propõe Dworkin (2007, p. 271-273), no sentido de

exigência de uma prática jurídica que identifica direitos e deveres envolvidos e desenvolvidos em continuidade com passado e futuro, como obra de um único autor, a comunidade jurídica em seu conjunto, de modo a garantir que uma decisão judicial possa ser considerada como a decisão de toda a comunidade jurídica, e tendo a Constituição como o seu *locus* de compreensão e integração.

## Conclusão

Dentro das limitações e da brevidade do presente estudo, a partir das observações expostas, pode-se propor algumas considerações com certa pretensão conclusiva.

De início, o exame histórico-conceitual do princípio da igualdade possibilita--nos um entendimento do seu caráter adaptativo em face de um conjunto de condições histórico-culturais que conformam a estrutura política e jurídica das diversas sociedades. Tais condições formam os paradigmas que orientam e condicionam a compreensão das relações sociais. Portanto, para se compreender a igualdade, é preciso se ambientar nesses paradigmas.

Nesse contexto, a democracia contemporânea pode ser entendida como um processo de construção intersubjetiva dos critérios que orientam as relações de vida, no sentido de promoção da justiça social, máxime o art. 3º da Constituição. Desse processo devem participar os próprios sujeitos de direito, capazes de exercer sua autonomia privada e pública, contribuindo efetivamente em todas as decisões políticas da comunidade. Mas para

isso, são necessárias as condições mínimas de autonomia do indivíduo, e essas condições são as promessas da modernidade, cujo atingimento é objetivo expreso em nossa Constituição, mormente o seu insuperável rol de direitos sociais, que visam à transformação das condições de vida da população, mas que ainda não foram devidamente concretizados.

Portanto, o Constitucionalismo dirigente e compromissório, promovedor da justiça social, adequado a países que ainda não implementaram as promessas constantes de núcleo de direitos sociais fundamentais dispostos na Constituição, como o nosso, é, enfim, a condição paradigmática orientadora da aplicação do princípio da igualdade.

Nesse sentido, o problema da discricionariedade judicial, do qual decorre o estado de extrema incerteza e incoerência na aplicação da isonomia, passa a ser enfrentado, e superado, a partir de uma interpretação/aplicação do princípio da igualdade orientado pela Constituição, de forma coerente e integrada, em que a comunidade jurídica busque a unicidade e a segurança de uma hermenêutica fundada na força normativa da Constituição.

Por fim, ter na Constituição o *locus* de compreensão e construção do direito é condição imprescindível para a concretização dos direitos sociais fundamentais. E essa concretização é, por sua vez, a condição necessária para a promoção da justiça social, entre outros objetivos expressos no art. 3º da Lei Maior, que consubstanciam os legítimos e fundamentais objetivos da sociedade brasileira.



## Notas

- <sup>1</sup> 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. (BRASIL, 2012.)
- <sup>2</sup> O Professor Paulo Bonavides ressalta que o princípio da igualdade consagrado na Carta Magna consiste na igualdade fática, indo muito além de uma mera igualdade formal, ou seja, o que o nosso Estado objetiva é a promoção da igualdade material entre os cidadãos, em suas palavras: “o Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática.” (BONAVIDES, 1998, p. 378)
- <sup>3</sup> Sobre a questão da participação política dos metecos na sociedade ateniense, bem como a própria delimitação da composição da categoria dos cidadãos atenienses, existem controvérsias entre os historiadores, variando tanto quanto às condições dos metecos na vida social da Atenas, quanto à própria definição de política adotada pelos historiadores. Contudo, a questão relevante nesse contexto reside no fato incontroverso de que a categoria de cidadãos era significativamente restrita e fortemente hierarquizada.
- <sup>4</sup> Ulpiano comenta o Edito de Caracala nos seguintes termos: “pela constituição do imperador Antonino todos os que se acham no orbe romano se tornaram cidadãos romanos” (CRETELLA JÚNIOR, 2004).
- <sup>5</sup> Muito se relaciona a doutrina individualista da modernidade a essa ideia de ser humano como um fim em si mesmo, compreendido no imperativo categórico da filosofia kantiana: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2010, P. 77)
- <sup>6</sup> O termo constitucionalismo contemporâneo emprega-se aqui no sentido de preeminência do texto constitucional na consolidação dos direitos fundamentais, assim como em seu caráter inovador, como assevera Lenio Streck, de influência na determinação de aspectos de constitucionalização de direitos e, sobretudo, na obrigatoriedade de interpretação das leis a partir de uma compreensão constitucional do direito (STRECK, 2004, p. 101), ou seja, a Constituição passa a instituir o direito e dirigir sua aplicação em todas as suas instâncias, seja no âmbito legislativo, judiciário, doutrinário ou em qualquer outra forma expressão do fenômeno jurídico.

- <sup>7</sup> A ideia de constituição dirigente desenvolve-se com o mestre J. J. Gomes Canotilho (2001, p. 11), no sentido de um texto constitucional que visa à mudança social, enunciando objetivos, fins e metas da própria sociedade, dirigindo, enfim, o agir estatal, vinculando o legislador e determinando, na aplicação do direito, as imposições constitucionais. Nas palavras de Lênio Streck (2004, p. 135): “a Constituição dirigente-programática-compromissória é condição de possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto constitucional”.
- <sup>8</sup> Sobre essa noção de perspectivismo em Gadamer, ver B. R. Wachterhauser. *O realismo em Gadamer*. 1994, p. 148-171. (LAWN, 2007, p. 160).
- <sup>9</sup> Cf. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito brasileiro*; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*; dentre outras publicações.
- <sup>10</sup> Na definição de Siches, “la lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valorización, de pautas axiológicas, que además lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia o de la experiencia del próximo a través de la historia”, in *Tratado General de Filosofía del Derecho* (SICHES, 1959, p. 642).
- <sup>11</sup> Cf. trecho da ementa do ref. Acórdão, *in verbis*: “A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente)”. (TJMS. 2ª Turma Criminal. RESE nº 2007.023422-4/0001-00; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes).
- <sup>12</sup> O art. 1º da Lei 11.340/2006, dispõe: “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.
- <sup>13</sup> Art. 7º, XX, CF/88: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.
- <sup>14</sup> Art. 201, § 7º, CF/88: “É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I -

trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher”. O Art. 40, § 1º, III, traz disposições análogas referentes à aposentadoria dos servidores públicos.

- <sup>15</sup> Art. 226, § 8º, CF/88: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.
- <sup>16</sup> No célebre capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen expõe um conceito de interpretação jurídica que há muito permanece consagrado no direito brasileiro. Kelsen (1998, p. 247) sustenta que o Direito a se aplicar consiste numa moldura dentro da qual existem várias possibilidades de interpretação/aplicação, de maneira que todo ato que se mantenha dentro desta moldura, preenchendo-a em qualquer sentido possível, seria conforme o Direito, ou seja, qualquer decisão dentro da moldura seria válida e, portanto, legítima.
- <sup>17</sup> ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012; e ADI 2.649, rel. Min. Cármen Lúcia, 8.5.2008.
- <sup>18</sup> Registre-se que o argumento citado não representa a opinião de Novelino, mas tão somente é mencionado pelo autor, com neutralidade, em seus comentários sobre o tema.

## Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do*

**Brasil.** Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei 11.340. de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Informativo nº 645 do STF, Brasília, 6 a 10 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649. Informativo nº 505 do STF, Brasília, 5 a 9 de maio de 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. 2ª Turma Criminal. RESE nº 2007.023422-4/0001-00; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=8&tpClasse=J>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CONSULTOR JURÍDICO. CNJ avalia decisão que tachou lei Maria da Penha de mostrengo. *Revista Consultor Jurídico*, 23 out. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/60661>>. Acesso em: 18 abril 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o**

direito romano e o direito civil brasileiro. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo, 1997. v. II.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** (1785). Lisboa: Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1989.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. México : Editorial Porrúa S.A., 1959.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2<sup>a</sup>. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O que é isso - decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WACHTERHAUSER, Brice R. **Hermeneutics and truth**. Northwestern: University Press, 1994.

# Cidadania do recém-nascido: declaração de nascido vivo prevista pela Lei nº 12.662 de 06.06.2012

Artigo recebido em ???.

Revisado em ???.

Aceito para publicação em ???.

*“Aprendi que são os pequenos acontecimentos  
diários que tornam a vida espetacular”.*

*William Shakespeare*

## Regina Vera Villas Bôas

Doutora e Mestre em Direito Civil e em Direito Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-graduação *lato e stricto sensu* na PUC/SP e no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano de São Paulo, onde coordena Grupo de Pesquisa “Concretização dos Direitos Difusos e Coletivos”. Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

## Resumo

O presente estudo desenvolve breves comentários sobre a Lei nº 12.662 de 06.06.2012, que se refere à “declaração de nascido vivo”, documento que passou, desde então, a ser preenchido e fornecido aos pais pelos profissionais da saúde. A pesquisa traz à baila entendimento sobre a dignidade da condição humana e a concretização da cidadania como um direito fundamental, para concluir que a declaração disposta pela Lei Nova realiza a cidadania do recém-nascido com vida.

## Palavras-chave

Direitos Humanos - Direitos Fundamentais - Dignidade da condição humana - concretização do direito - cidadania - solidariedade - declaração de nascido vivo - sociedade contemporânea.

## Abstract

This study develops brief remarks on the Law No. 12,662 of 06/06/2012, which refers to the “ the birth certificate”, a document that has, since then, to be completed and provided to parents by health care professionals. The research brings up understanding of the dignity of the human condition and the achievement of citizenship as a fundamental right, to conclude that the statement prepared by the New Law carries citizenship of a newborn.



## Keywords

Human Rights - Fundamental Rights - Dignity of the human condition - realization of the right - citizenship - solidarity - the birth certificate - contemporary society

## Sumário

Introdução. 1 Cidadania que realiza a Dignidade da condição humana e os Direitos Fundamentais. 2 Notas conclusivas sobre a declaração trazida na Lei Nova e a realização da cidadania do recém-nascido. Conclusão. Referências.

## Introdução

A lei nº 12.662/12, sancionada pela presidente Dilma Rousseff, foi publicada e entrou em vigor no dia 06 de junho de 2012, tendo sete artigos que tratam da “declaração de nascido vivo”, da sua validade e do regramento da expedição do referido documento (artigos 1º e 2º).

O art. 3º dispõe que a “declaração de nascido vivo” do recém nascido terá validade “*exclusivamente para fins de elaboração de políticas públicas e lavratura do assento de nascimento*”. Porém, por certo, a principal teleologia da Lei é tornar a criança recém-nascida uma cidadã, tão logo ocorra o seu nascimento, diminuindo, conseqüentemente, o número de crianças recém-nascidas que permanecem

sem a lavratura do assento de nascimento no registro oficial. O Ministério da Saúde é a entidade responsável pela uniformização do documento, que deve ser estendido para todas as crianças nascidas com vida.

O art. 5º, §§ 1º e 2º, refere-se às finalidades visadas pela Lei, notadamente a elaboração de estatísticas e a garantia de que os dados colhidos nas “declarações de nascido vivo”, consolidados em sistema de informação do Ministério da Saúde, possam dar segurança à interoperabilidade com o sistema de registro eletrônico previsto na Lei nº 11.977/09, permitindo o compartilhamento de informações com os serviços de registro civil de pessoas naturais. Dispõe o referido texto normativo que

Art. 5º Os dados colhidos nas Declarações de Nascido Vivo serão consolidados em sistema de informação do Ministério da Saúde.

§ 1º Os dados do sistema previsto no caput poderão ser compartilhados com outros órgãos públicos, para elaboração de estatísticas voltadas ao desenvolvimento, avaliação e monitoramento de políticas públicas, respeitadas as normas do Ministério da Saúde sobre acesso a informações que exigem confidencialidade.

§ 2º O sistema previsto no caput deverá assegurar a interoperabilidade com o sistema de registro eletrônico determinado pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, de modo a permitir a troca de dados com os serviços de registro civil de pessoas naturais.

A emissão da “declaração de nascido vivo” é feita anteriormente à lavratura da certidão de nascimento no registro civil de pessoas naturais que, muitas vezes,

não é providenciada, ou feita com muita demora, pelos responsáveis pela criança, prejudicando, assim, estatísticas e compartilhamentos de informações, além de comprometer a cidadania da criança que acabou de vir ao mundo.

Imperioso lembrar que a “declaração de nascido vivo” é estruturada por portaria do Ministério da Saúde, que torna oficial o nascimento com vida da criança, fornecendo-lhe um número de identificação. No entanto, a declaração de nascido vivo não retira dos pais ou dos responsáveis pela criança recém-nascida o dever de efetuar o registro civil de nascimento. Dispõe o art. 4º da Lei que

A Declaração de Nascido Vivo deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além dos seguintes dados:

I - nome e prenome do indivíduo;

II - dia, mês, ano, hora e Município de nascimento;

III - sexo do indivíduo;

IV - informação sobre gestação múltipla, quando for o caso;

V - nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto;

VI - nome e prenome do pai; e

VII - outros dados a serem definidos em regulamento.

§ 1º O prenome previsto no inciso I não pode expor seu portador ao ridículo.

§ 2º Caso não seja possível determinar a hora do nascimento, prevista no inciso II, admite-se a declaração da hora aproximada.

§ 3º A declaração e o preenchimento dos dados do inciso VI são facultativos.

§ 4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter inscrição indicando que o registro civil de nascimento permanece obrigatório, não sendo substituído por esse documento.

Desse modo, a “declaração de nascido vivo” é distinta do clássico registro civil de nascimento, que contínua, nos termos da Lei, a ser gratuito e obrigatório. A declaração vale em todo o território nacional até o momento em que for expedida a certidão de nascimento (art. 3º, § 2º). Isso porque, ela surgiu na ordem jurídica para iluminar os primeiros passos da cidadania daquele que acabou de ser dado *à luz do mundo*.

Toda vez que uma criança nasce e o seu registro não é lavrado no assento de nascimento, tem-se mais um ser na situação conhecida por “sub-registro”, ou seja, mais uma criança sem identificação de sua existência na sociedade e, portanto, sem cidadania.

Baseado nas informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Luis Nassif<sup>1</sup> afirma que 6,6% da população brasileira não possuem registro do nascimento, sendo tal situação denominada de sub-registro, que traduz a diferença entre a estimativa do número de nascimentos feita pelo IBGE com base no acompanhamento demográfico e o número de crianças efetivamente registradas em cartório. Observe-se que 6,6% da população brasileira que tem existência de fato, não conseguem exercer os direitos de cidadania porque não são enxergadas pelo direito.

A declaração emitida por profissional da saúde, normalmente um médico ou uma parteira – inscritos no

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Cidadania do recém-nascido: declaração de nascido vivo prevista pela Lei nº 12.662 de 06.06.2012 - pp. 447-462

BÓAS R. V. V.

Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) ou no respectivo Conselho Profissional, e responsáveis pelo acompanhamento da saúde da mãe e do feto no período da gestação e/ou pelo parto -, possibilita a entrada da criança em Casa de Saúde (Hospital ou Maternidade), independentemente do local em que ela nasceu (art. 3º, § 1º).

Levando-se em conta que, na prática, a mãe opta por realizar o parto em casa, ela (mãe) é orientada pelo profissional que a assistiu a procurar imediatamente um Hospital ou Maternidade, a fim de que sejam aplicadas as vacinas e realizados os exames de rotina no recém-nascido. Nessa hipótese, se a parteira não lhe fornecer a declaração, a mãe poderá solicitar a emissão da “declaração de nascido vivo” do referido hospital ou maternidade ou, no caso, aplica-se o texto do artigo 6º da Lei Nova.

E a decisão inédita do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro (Cremerj), divulgada pelo Jornal Nacional de 24.07.2012<sup>2</sup>, que proibiu a realização de partos nas casas das famílias? Nesse caso, é correto o entendimento da entidade de que os partos realizados fora dos hospitais podem pôr em risco as mães e recém-nascidos? E, como fica o trabalho das doulas incentivado que é por cursos de formação e capacitação promovidos pelo próprio Ministério da Saúde? Como entender a incompatibilidade entre os textos normativos?

O artigo 6º, que trata das alterações dos textos dos artigos 49 a 54 da lei 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, ao tratar das alterações do art. 54 dessa Lei, no item 10, § 3º, dispõe que

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Cidadania do recém-nascido: declaração de nascido vivo prevista pela Lei nº 12.662 de 06.06.2012 - pp. 447-462

BÓAS R. V. V.

nos nascimentos frutos de partos sem assistência de profissionais da saúde ou parteiras tradicionais, a Declaração de Nascido Vivo será emitida pelos Oficiais de Registro Civil que lavrarem o registro de nascimento, sempre que haja demanda das Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde para que realizem tais emissões.

O documento que declara que a criança nasceu viva deve conter os dados da criança e da mãe, não sendo obrigatório que nele constem os dados do pai (art. 6º, § 2º), o que não deve implicar, todavia, a presunção de paternidade, conforme dispõe o texto abaixo

Art. 6º Os arts. 49 e 54 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 49.

“Art. 54.

10) número de identificação da Declaração de Nascido Vivo - com controle do dígito verificador, ressalvado na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei.

§ 2º O nome do pai constante da Declaração de Nascido Vivo não constitui prova ou presunção da paternidade, somente podendo ser lançado no registro de nascimento quando verificado nos termos da legislação civil vigente.

Da situação exposta, merecem atenção, entre outros, os seguintes questionamentos:

- a) Quais as implicações que a Lei Nova acarreta na Lei dos Registros Públicos, quanto à lavratura do assento de nascimento junto ao registro civil das pessoas naturais (art. 6º, caput e seus §§)?
- b) Havendo divergência entre o texto da “declaração de nascido vivo” e o constante do registro (oficial), como deve ela ser tratada e qual é o procedimento adotado para se resolver a situação concreta?
- c) O documento que declara “ter a criança nascido com vida” é eficaz à imediata concessão do pedido de licença paternidade àquele que consta na declaração como pai do recém-nascido? E se uma outra pessoa, na mesma ocasião, se apresenta ao registro como pai, registra a mesma criança em seu nome, e solicita imediatamente a licença paternidade, como será resolvido o impasse?

## 1. Cidadania que realiza a Dignidade da condição humana e os Direitos Fundamentais.

Falar em dignidade é falar sobre a existência da pessoa humana, ou seja, como ela é, existe, cheia de fé, dúvidas, superstições, conceitos, sentimentos, tristezas e alegrias, enfrentando fracassos e vitórias de todas as sortes. É desvendar a condição humana, deixando-a revelar-se, desenvolver-se, existir e cumprir sua meta de vida. Somente quando se concretiza a condição humana é que a sua natureza floresce, desenvolvendo suas potencialidades.<sup>3</sup>

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>4</sup> lembram a importância fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana e reportando-se à Constituição Portuguesa,

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

Cidadania do recém-nascido: declaração de nascido vivo prevista pela Lei nº 12.662 de 06.06.2012 - pp. 447-462

BÓAS R. V. V.

leccionam que a República se baseia na dignidade da pessoa humana contra os totalitarismos e as experiências de aniquilação da sua existência, quando

a Constituição explicita de forma inequívoca que o «poder» ou «domínio» da República terá de assentar em dois pressupostos ou precondições: (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais. Nestes pressupostos radica a elevação da dignidade da pessoa humana a trave mestra de sustentação e legitimação da República e da respectiva compreensão da organização do poder político. Com este sentido, a dignidade da pessoa humana ergue-se como linha decisiva de fronteira («valor-limite») contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios étnicos).

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã e Ecológica, garante o respeito à Cidadania integrado ao respeito à Ecologia, proclamando a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantidor da sadia qualidade de vida, e a proteção do exercício da cidadania, assegurando a dignidade da condição humana. A Constituição Federal reconhece direitos e garantias fundamentais individuais, coletivas e difusas (arts. 5º, 6º e 7º), considerando em seu preâmbulo que o Estado Democrático de Direito deve *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.*

Vale, a propósito, lembrar a afirmação que Dalmo de Abreu Dallari<sup>5</sup> faz, em sua obra “O renascer do Direito”, de que “(...) *jamais se poderá falar de Estado Democrático onde houver cidadãos de segunda classe*”. E, também, a do Ministro Carlos Ayres Britto<sup>6</sup> de que “(...) *Estado de direito democrático é mais importante do que Estado Democrático de Direito, pois no primeiro o Direito vive em favor da democracia (...)*”.

Mas, não bastam as Constituições disporem sobre a dignidade da pessoa humana e sobre a cidadania, é preciso que ambas sejam praticadas. Necessário, então, entender-se que ter dignidade é poder ser e se sentir cidadão. E, como a condição da cidadania não se desvincula da história das lutas pelos direitos fundamentais da pessoa humana, pode-se dizer que o homem cidadão vem enfrentando violências, exclusões, tiranias, fracassos e vitórias, de todas as sortes, na busca da efetivação da sua condição de cidadão.

A cidadania concebida como direito fundamental e não somente como direito político enaltece os direitos à liberdade, igualdade e fraternidade, fortalecendo e incentivando a prática da solidariedade.

Assim, ser cidadão é sentir-se responsável pelo bom e justo funcionamento das instituições. É sentir-se membro do Estado e interessar-se pelo bom andamento das suas atividades, cobrando-lhe atuação coerente e compatível com os fundamentos constitucionais, sendo de tudo participante. Adotar a postura de cidadão é praticar a

cidadania em todos os momentos da vida, respeitando os seus semelhantes, e tudo e todos que do homem dependam, valorando e cuidando da tríade “homem – sociedade – natureza”.

Um lado da moeda de ser cidadão é ter consciência de que é sujeito de todos os direitos humanos conquistados, ou seja, direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade de direitos, entre outros direitos civis, políticos, sociais, coletivos e difusos.

O outro lado importa ter consciência dos deveres do homem cidadão, porque, afinal, ser cidadão é ter direitos e, também, deveres e obrigações. Todo cidadão é consciente das suas responsabilidades enquanto parte integrante do complexo organismo social que é a coletividade, a nação, o Estado, para cujo funcionamento adequado todos devem contribuir. Esse é o caminho que busca a Justiça, o Bem Comum e a Paz mundial.

## Conclusão

Entendido que os direitos humanos e os fundamentais estejam em constante e permanente construção, deve-se concluir que a luta por eles ainda não se estabilizou e não se concluiu. Ao contrário, a jornada da conquista e da salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais é uma eterna batalha, uma incansável vigilância, razão pela qual assegurar assiduamente e da maneira mais justa o exercício dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, favorece e efetiva a cidadania.

Querer participar do processo de construção dos

destinos da própria Nação é também almejar a cidadania. É compreender e buscar proteger a pessoa humana e a organização política do Estado, todos participantes de uma única unidade sistematizada, estruturada, complexa e que tem como finalidade a efetivação da dignidade da condição humana, homenageando a vida e a paz social.

A cidadania que ao longo do tempo vem sendo construída é considerada marco da conquista da humanidade na busca de garantia e de proteção dos seus interesses e direitos, conquistados e a serem conquistados, e na luta renhida contra as violências, como os massacres e as variadas maneiras de dominação, entre muitas outras.

Mas, todas as conquistas que garantem e poderão garantir os interesses e direitos conquistados pela humanidade, segundo ensinamentos de Comparato<sup>7</sup> poderão nascer mortas, caso não consigam ser vivenciadas por um análogo progresso no comportamento ético da humanidade, lembrando que as instituições políticas, segundo relata Montesquieu em “O Espírito das leis, livro XIX”, são animadas por um espírito que é o conjunto dos valores e costumes que vigem no seio do povo. Leciona Comparato que

A regulação jurídica, só por si, é impotente para modificar os costumes sociais, se não houver, concomitantemente, um largo e paciente trabalho de educação das sucessivas gerações, no espírito do respeito universal à dignidade humana.

É esta a grande tarefa que se apresenta hoje, a todos os agentes de vida, nos trabalhos de parto de uma civilização da cidadania mundial. Para que a chama da liberdade, da igualdade e da solidariedade ilumine

e inflame a Terra inteira, é preciso fazer repercutir, incessantemente, a grave advertência do Ulisses de Dante a todo o gênero humano:

“Considerate la vostra semenza: fatti non foste a viver come brutti, mas per seguir virtute e conoscenza.” (A Divina Comédia, Inferno XXVI, 118).

Resta consignar que a condição de cidadão que a Nova Lei propicia ao recém-nascido o habilita a participar do Estado como seu membro, com direitos e deveres civis, políticos, sociais e difusos, usufruindo em sua plenitude de todos os interesses e direitos fundamentais que a sua condição de pessoa humana não pode prescindir, em prol de uma vida digna e na esperança de que possa cumprir o seu dever de prestar a solidariedade aos semelhantes e a todos os seres vivos. O contrário implicaria a sua não possibilidade de participação na *tarefa que se apresenta a todos os agentes de vida nos trabalhos de parto de uma civilização da cidadania mundial*, conforme acima exposto por Comparato.

## Notas

- <sup>1</sup> NASSIF, Luis. *Comentários sobre a legislação*. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-lei-sobre-declaracao-de-nascido-vivo>> Acesso em: 06 jun. 2012.
- <sup>2</sup> JORNAL NACIONAL. *Edição do dia 24/07/2012*. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/07/cremerj-proibe-partos-em-casa-e-gera-polemica-no-rio-de-janeiro.html>> Acesso em 25 jul. 2012.
- <sup>3</sup> Ensinaamentos colhidos dos estudos realizados na obra de Hanna Arendt: *A condição humana*. (The Human Condition). Trad. de Roberto Raposo, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

- <sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 198
- <sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 138.
- <sup>6</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Seminário Nacional de Probidade Administrativa: os 20 anos da Lei 8.429 de 1992 e a eficácia da atuação do Estado contra os ilícitos de agentes públicos*. “A defesa do patrimônio público na Constituição de 1988”. Palestra de abertura do Seminário Nacional de Probidade Administrativa: Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 31.05.2012.
- <sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. SP: Saraiva, 1999, p. 414.

## Referências

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. (The Human Condition). Trad. de Roberto Raposo, 6. ed., RJ: Forense Universitária, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. *Seminário Nacional de Probidade Administrativa: os 20 anos da Lei 8.429 de 1992 e a eficácia da atuação do Estado contra os ilícitos de agentes públicos*. “A defesa do patrimônio público na Constituição de 1988”. Palestra de abertura do Seminário Nacional de Probidade Administrativa: Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 31.05.2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. SP: Saraiva, 1999

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*, 2ª ed., SP: Saraiva, 1980, p. 138. Lei nº 12.662 de 06.06.2012

JORNAL NACIONAL. *Edição do dia 24/07/2012*. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/07/cremerj-proibe-partos-em-casa-e-gera-polemica-no-rio-de-janeiro.html>> Acesso em 25 jul. 2012.

NASSIF, Luis. *Comentários sobre a legislação*. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-lei-sobre-declaracao-de-nascido-vivo>> Acesso em: 06 jun. 2012.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. *Concretização dos postulados da Dignidade da Condição Humana e da Justiça* – Revista de Direito Privado – Ed. Rev. dos Tribunais, coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, SP: Ed. RT. Ano 12, nº 47 – jul-set/2011.

\_\_\_\_\_. *Perfis dos Conceitos de bens Jurídicos*. Edições Especiais. RT. 100 anos. Org. Ministro Gilmar Mendes e Rui Stoco. Doutrinas Essenciais“ Responsabilidade Civil, Penal, empresarial, Tributário, Ambiental, Consumidor, Constitucional, Obrigações e Contratos, Direito Penal Econômico, Família e Sucessões e Direitos Humanos”, Vol. IV. Capítulo 4 , 1ª Tiragem, 2011, Ano 100 Junho de 2011.

\_\_\_\_\_. *Perfis dos Conceitos de Bens Jurídicos*. Rev. de Direito Privado, coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery , SP: Ed. RT,. Ano 10, nº 37, jan-mar/2009 (pp. 209-241).

\_\_\_\_\_. *Visão difusa do Direito: vieses da sua complexidade através de um olhar sistêmico*. Tese de 2º Doutorado defendida na PUC/SP, em 2009

# As normas de competência e o processo

Artigo recebido em 27/06/2012.

Revisado em 11/07/2012.

Aceito para publicação em 22/07/2012.

## **Pedro Sobrino Porto Virgolino**

Mestre em Direito. Procurador do Estado do Espírito Santo.

## **Fernanda Brasileiro de Almeida**

Mestranda em Direito Processual Civil  
da Universidade Federal do Espírito Santo.

## **Angel Rafael Mariño Castellanos**

Doutor em Direito,  
professor da Universidade Federal do Espírito Santo.

## Resumo

A norma jurídica é elemento integrante dos sistemas jurídicos e, por tal motivo, ocupa lugar de destaque na Teoria Geral e na Filosofia do Direito. Dentro deste vasto tema, elegeu-se como objeto metodológico o estudo acerca das normas de competência, espécie normativa responsável pelo dinamismo dos sistemas jurídicos, haja vista serem responsáveis pela produção e extinção das normas de modo geral. Sua devida compreensão é de grande relevância e mais ainda o é a investigação acerca da sua natureza jurídica, pois se perquire se a atividade legislativa deve ser compreendida como decorrente de mera norma jurídica permissiva ou não. Para tanto, o presente trabalho dedicar-se-á a investigar as concepções clássicas acerca da natureza jurídica das normas de competência.

## Palavras-chave

Norma de competência; Normas jurídicas; Sistema jurídico; Processo.

## Resumen

La norma jurídica es una parte integral de los sistemas jurídicos y, por tanto, ocupa un lugar destacado en la Teoría General y Filosofía del Derecho. Dentro de este amplio tema, fue elegido como objeto el estudio de las normas metodológicas de las especies de las competencias



normativas, responsables de la dinámica de los sistemas jurídicos, debido a ser responsable de la producción y la extinción de las normas en general. Su comprensión es de gran importancia y aún más la investigación es sobre la naturaleza de la ley, como si la actividad legislativa perquire debe entenderse como el resultado de mera regla permisiva de la ley o no. Para ello, este trabajo se dedicará a investigar las concepciones clásicas de la naturaleza de las normas legales de su competencia.

### **Palavras-chaves**

Norma de competência; Normas jurídicas; Sistema jurídico; Processo.

### **Abstract**

The rule of law is integral element of the legal systems and, therefore, occupies a prominent place in the General Theory and the Philosophy of Law. Within this broad theme, the methodological standards of competence, was chosen as the object of study, normative species responsible for the dynamism of legal systems, considering they are responsible for the production and extinction of standards generally. Its proper understanding is of great importance and is even more its research about their legal nature, because it inquiries whether legislative activity should be understood as arising from mere permissive legal standard or not. Therefore, this paper will devote to

investigate the classical conceptions about the nature of the legal standards of competence.

## Keywords

Standard of competence; legal standards; legal system; process

## Sumário

Introdução. 1. Tipologia das normas de competência. 2. Normas de competência no contexto do processo: as “regras de julgamento”. Conclusão. Referências.

## Introdução

Falar de normas jurídicas é falar do direito, vez que este é conceituado como sendo o conjunto coordenado<sup>1</sup> de normas jurídicas vigentes no sistema jurídico<sup>2</sup>. O conceito de normas jurídicas, desta feita, ocupa lugar central no estudo da Teoria Geral do Direito, já que a partir da sua compreensão chega-se ao conceito de direito e de sistema jurídico.

Sua presença, ainda que despercebida pelos homens de modo geral, é notada nas relações diárias intersubjetivas. Mesmo que o homem não tenha consciência, ele vive hodiernamente regulado por diversas normas, das mais distintas naturezas. Afirma-se tal já que todos estão submetidos à regulamentação nas relações familiares, no

convívio profissional, no trato com os demais integrantes de uma associação recreativa, na prática religiosa dentre outras.

Têm-se, assim, a sujeição constante às normas sociais, morais, religiosas e jurídicas, sendo estas de interesse do estudo jurídico<sup>3</sup> e precisamente deste trabalho.

As normas jurídicas são conceituadas como proposições normativas<sup>4</sup> imperativas ou prescritivas da conduta humana, dotadas de coercibilidade, pois contam com o poder estatal para lhe fazer valer cumprimento, sob pena de sanção<sup>5 6 7</sup>.

Por proposições normativas imperativas ou prescritivas deve-se entender que a norma jurídica é uma construção de linguagem dotada de sentido, ou seja, uma proposição que impõe uma conduta estabelecendo uma mudança de comportamento, adequada ao que se julga pertinente, ou seja, estabelece um “dever ser”<sup>8</sup>, diferente de meras normas descritivas que tão somente constatarem uma situação, um “ser”.

Por serem normas de dever ser não se sujeitam a critério de avaliação de veracidade ou falsidade. De outro lado, sua avaliação comporta exame duplo<sup>9</sup>, seja do ponto de vista da dogmática jurídica, avaliando a norma como válida ou não, seja do ponto de vista jussociológico, avaliando-a como sendo justa ou não<sup>10 11 12</sup>.

## 1. Tipologia das normas de competência

O tema normas de competência ocupa lugar de destaque nos sistemas jurídicos, vez que são elas em

grande parte responsáveis (seguindo HART, op. cit) pelo dinamismo do sistema e muito especialmente pelo grau de eficácia. Tais normas de competência conferem poderes e estabelecem as condições para a produção, aplicação e eliminação das demais normas do sistema.

Seu estudo tem se intensificado nos últimos anos, na proporção em que sua importância veio à tona, a partir do desenvolvimento da Deontica. Hoje, seu tratamento é constante nos textos de Teoria jurídica e a discussão sobre sua natureza tem aumentado. Três são as principais posições a esse respeito, a saber:

- a) normas de competência como estabelecedoras de obrigações indiretas. De acordo com esta concepção, tais normas dirigem-se aos destinatários das normas emitidas e lhes impõe a obrigação de obedecê-las. Kelsen, sem dúvidas o melhor representante.
- b) normas de competência como concessivas de permissões às autoridades para realizar ações normativas. Teriam elas, então, caráter permissivo. Dentre seus defensores estão von Wright, Lindahl, Caracciolo, Alchourrón e Bulygin.
- c) normas de competência com caráter definitório. Sustentam tal tese Herbert Hart, Ross, Alchourrón e Bulygin. (Estes dois últimos abandonaram a tese permissiva para defender uma concepção não reducionista das normas de competência)

Defensor da concepção das normas de competência como sendo criadoras de obrigações indiretas, Kelsen entende o direito como um sistema normativo dinâmico,

formado por uma estrutura escalonada de normas. Dentro desta concepção, importante papel caberia às normas de competência por sua função de reconstrução do material normativo jurídico. Seriam elas que confeririam o dinamismo ao sistema por autorizarem e ditarem o procedimento de criação de outras normas.

Assim, as normas de competência em Kelsen são identificadas pela denominada função normativa de autorização que, segundo ele, não implica para o órgão legislativo a imposição ou dever de estabelecimento da norma, o que significa dizer que a não edição de normas pelo órgão legislativo não importaria em infração ao direito.<sup>13</sup>

Tal como Hans Kelsen, Carlos Santiago Nino sustenta que as normas de competência são normas que impõem obrigações indiretas.

Em síntese, a tese segundo a qual as normas de competência estabelecem obrigações indiretas sustenta que tais normas são dotadas de um caráter prescritivo de conferir poder a um órgão para ditar normas que obrigarão os cidadãos a se comportarem conforme as normas editadas, fruto do exercício das normas de competência. Em outras palavras, uma mesma norma tanto autorizaria a criação de novas normas, quanto prescreveria a obediência às novas normas editadas.<sup>14</sup>

A defesa do caráter permissivo é sustentada por Von Wright, Alchourrón e Bulygin. Von Wright se ocupa das normas de competência sob o rótulo de normas de ordem superior identificando-as como aquela norma que permite uma dada autoridade regular a ação normativa, ou seja, a ação de promulgar ou derogar uma norma. Para

ele, o poder normativo equivale à permissão para executar determinados atos normativos, ou seja, para introduzir ou expulsar normas do sistema jurídico.

No mesmo sentido de Von Wright, ainda que apenas no tocante à competência judicial, Alchourrón e Bulygin<sup>15</sup> entendem que as normas de competência são uma classe especial de normas permissivas que autorizam os juízes a realizar certos atos em determinadas circunstâncias, sem qualquer imposição de obrigação.<sup>16</sup> Referidas normas comporiam o sistema jurídico secundário, que se ocupa de regular as condutas dos juízes e demais autoridades normativas.

Advogando o caráter definitório das normas de competência, Hart entende que as normas de competência são um tipo específico de normas que não se confundem com as normas de conduta, que prescrevem deveres e obrigações, já que aquelas se destinam a indicar o procedimento de produção normativa. Para ele, as regras que conferem poderes diferem-se das normas de conduta quanto à sua estrutura e quanto à sua incidência na vida social. Ele identifica três critérios distintivos entre tais normas. O primeiro seria entre normas que impõem deveres e normas que impõem poderes. O segundo seria entre normas que regulam o comportamento dos cidadãos e entre normas que prevêm os atos de produção de normas. O último critério refere-se à distinção entre normas que se referem às condutas que os indivíduos devem ter ou não e regras que se referem às primeiras.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero denominam as normas de competência como normas constitutivas e entendem que elas não possuem o caráter de normas

deônticas ou regulativas, na feição permissiva, tal como é amplamente difundido. Discorda por entender que a tese das normas de competência como normas permissivas não podem dar conta do uso irregular destes poderes.

### 3. Normas de competência no contexto do processo: as “ regras de julgamento”

O artigo 557 do Código de Processo Civil contém norma de competência para o relator julgar monocraticamente recurso, podendo: inadmiti-lo, provê-lo ou negar-lhe provimento.

Em nosso ordenamento jurídico<sup>17</sup> há diversas modalidades de normas de competência, tais como, aquelas que definem competências legislativa, judicial, para realização de negócios jurídicos, etc. Embora as classes de normas de competência tenham características específicas que as distinguem uma das outras, é possível definir os caracteres gerais que qualificam ditas normas jurídicas. Buscar essas características gerais, para em seguida verificar as especificidades da competência judicial se revela uma valiosa empreitada que permite ao estudioso do direito entender melhor o fenômeno da atividade exercida pelos juízes no processo, em especial, aquela regulada pelo art. 557 do CPC.

Pode-se caracterizar o sistema jurídico como um complexo de enunciados cuja juridicidade é decorrência da pertença ao sistema. Segundo Norberto Bobbio, o direito não se resume a normas de conduta, senão que o ordenamento é formado por dois tipos de normas:

---

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XIV - N.º 26 - 1.º Semestre/2012

As normas de competência e o processo - pp. 463-480

VIRGOLINO P. S. P. / ALMEIDA F. B. de / CASTELLANOS A. R. M.

normas de conduta (de caráter prescritivo) e normas de estrutura.<sup>18 19</sup>

Para Hans Kelsen, as normas jurídicas são de natureza prescritiva, caracterizando o Direito como uma ordem de conduta coativa.<sup>20</sup>

Como exposto por H. L. A. Hart, “o modelo simples de direito como um conjunto de ordens coercitivas do soberano não reproduz, em vários aspectos fundamentais, algumas das principais características dos sistemas jurídicos”<sup>21</sup> (2009, p. 103). Na visão de Hart, o sistema jurídico pressupõe a existências de dois tipos de normas, as primárias e as secundárias (2009, p.122).

As normas de um tipo que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações. (2009, p. 105 e 106).<sup>22</sup>

As normas secundárias são divididas em: de reconhecimento, de alteração e de julgamento.

A norma de reconhecimento, que se presta a afastar



a incerteza de um regime de normas primárias, “especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce” (HART, 2009, p. 122). Essa norma poderá variar de forma e de complexidade a depender da sociedade a que pertença o sistema jurídico. De qualquer maneira, o fundamental é reconhecê-la “como a fonte de autoridade, isto é, como a maneira correta de esclarecer dúvidas sobre a existência da norma” (HART, 2009, p. 123).<sup>23</sup>

Para conferir dinamismo ao sistema, nele são previstas normas secundárias de modificação. “A forma mais elementar de uma norma desse tipo é a que autoriza algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas.” (2009, p. 124). Essas normas regulam não apenas a quem compete introduzir novas normas no sistema, como os procedimentos a serem observados. Hart confessa haver uma ligação muito próxima entre as normas de modificação e as normas de reconhecimento,

[...] pois, quando existirem as primeiras, as últimas deverão necessariamente incorporar uma referência à atividade legislativa como um traço identificar das normas, embora seja desnecessária a referência a todos os detalhes processuais envolvidos nessa atividade (2009, p. 124).

As normas de julgamento têm a função de garantir a eficiência ao sistema, são elas que conferem capacidade a

alguns indivíduos para “solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária. E, ainda, “[...] os procedimentos a serem seguidos” (2009, p. 125). Ditas normas, segundo aponta Hart, “[...] embora possam ser reforçadas por normas adicionais que imponham aos juízes o dever de julgar, [...] não impõem deveres, mas conferem poderes judiciais e um *status* especial às declarações judiciais sobre o não-cumprimento de obrigações” (2009, p. 125). É por meio das normas de julgamento que são definidos “um grupo de conceitos jurídicos importantes: nesse caso, os conceitos de juiz ou tribunal, jurisdição e julgamento” (2009, p.125). O entrechoque das normas secundárias é apontado por Hart também em relação às normas de julgamento, pois, os sistemas que as prevêm terão na norma que conferir jurisdição uma norma de reconhecimento de caráter elementar e imperfeito, a qual “identificará as normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais” (2009, p.126), que passarão a ser tratados como fonte de direito. Como regra, os sistemas jurídicos conferem poderes judiciais mais amplos aos juízes, que não se limitam a apenas se pronunciar sobre a ofensa às normas primárias. Nesses ordenamentos, foi conferido ao Judiciário o poder para definir a aplicação de determinadas sanções previstas em normas secundárias como consequência do descumprimento de normas primárias, vedando a uso da via da autotutela.<sup>24</sup>

Portanto, à luz da teoria de Hart, as normas que atribuem competência ao juiz, dentre elas aquela incerta no art. 557 do CPC, integram as normas secundárias de julgamento, que definem a quem cabe solucionar questões relativas às demais normas do sistema jurídico. Faz-se

apenas um adendo às palavras de Hart. Embora ele diga que as normas de julgamento se prestam a regular a solução para o descumprimento de normas primárias, em verdade, sua função é mais ampla, dada as características da atividade jurisdicional que não se presta apenas a solucionar litígios.

## Conclusão

As normas de competência possuem uma fisionomia normativa, cuja fórmula linguística permite reconhecê-la como uma forma de diretiva institucionalizadora, que autorizam autoridades normativas a produzir e aplicar normas no sistema jurídico.

A normatividade das normas de competência deriva de sua pertença ao sistema jurídico, enquanto, validade sempre estará associada às autoridades normativas que a introduziram.

No contexto processual, as normas de competência determinam de uma parte, a jurisdição e de outra, a competência dos órgãos jurisdicionais.

## Notas

- <sup>1</sup> Neste sentido Kelsen, Hans. Etc BOBBIO, Norberto. 2001, p. 37. BULUGIN, E. MENDONCA, D. **Normas y Sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 42.
- <sup>2</sup> Hart reconsiderando sua posição inicial passou a considerar que um sistema jurídico não era totalmente constituído por regras.
- <sup>3</sup> Sobre tudo quando do estudo do viés positivista que inadmitte elementos axiológicos no sistema jurídico.

- <sup>4</sup> Aqui utilizando conceituação extraída de Bobbio, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001. Já para Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca proposições normativas e normas são expressões distintas, sendo a primeira utilizada no sentido descritivo e a segunda no sentido impositivo. BULUGIN, E. MENDONCA, D. **Normas y Sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 19.
- <sup>5</sup> Inicialmente, na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Hans Kelsen entendia que as normas que compunham o sistema jurídico estipulavam, necessariamente, uma coerção, isto é, uma sanção. Daí afirmar que as demais normas desprovidas do caráter sancionatório seriam normas incompletas. Posteriormente, na *Teoria Geral das Normas*, ele passa a defender que...
- <sup>6</sup> A sanção é característica comum às normas sociais, sendo que a sanção da norma jurídica opera-se no âmbito externo, ou seja, incidindo sobre a liberdade ou patrimônio do indivíduo transgressor da norma, diferente do que ocorre com a sanção decorrente das normas religiosas, morais, sociais, que operam tão somente internamente, no íntimo do indivíduo, a citar a rejeição, a exclusão, o sentimento de culpa, remorso etc. Em Hart, diz-se que a diferença crucial entre as normas jurídicas e as outras reside no fato de que os devidos de comportamento serão provavelmente objeto de reação hostil com possibilidade de punição. HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 14.
- <sup>7</sup> Importante ressaltar que nem todas as normas jurídicas são dotadas de sanção. É o caso das normas programáticas que traçam linhas gerais de atuação do Poder Público, sem, contudo, preverem penalidade pelo seu descumprimento. De acordo com Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida “As normas programáticas, bem como as normas que prevêem as chamadas sanções premiais, são um fato novo no mundo do Direito. O Estado de Direito clássico previa, tão-somente, três normas de conduta para regular a vida em sociedade, quais sejam: as normas proibitivas, obrigatórias e permissivas.”, in *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008.
- <sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: RT, 2009, p. 100.
- <sup>9</sup> Em Hart a expressão utilizada é “ter de” ou “ter o dever de”. HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- <sup>10</sup> Neste sentido BULUGIN, E. MENDONCA, D., 2005, p. 19.
- <sup>11</sup> Afirma-se que o Direito é um sistema de normas sistematicamente organizado, ou seja, não se resume a um simples agregado de normas, mas sim a um conjunto de normas que guardam relação entre si. Tal relação

determina a estrutura sistemática do conjunto de normas e dela dependerá o conceito de direito. O conceito de sistema jurídico é perquirido pela Filosofia do Direito, tanto que filósofos desde Bentham e Austin, até Kelsen e Hart dedicaram-se a este tema. Esta temática não será explorada a fundo neste trabalho, haja vista outro ser o objeto de sua pesquisa. Por ora, importante ressaltar que alguns teóricos sustentam a dicotomia entre os termos do sistema jurídico e ordem jurídica, tal como faz Alchourrón e Mendonça in BULUGIN, E. MENDONÇA, D. **Normas y Sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 46.

- <sup>12</sup> Diz-se necessário porque Hart entende as normas secundárias como instrumentos para complementar o regime simples das regras primárias, que padece de três defeitos, quais sejam, ausência de formação de um sistema jurídico, o caráter estático das suas normas e a ineficácia da pressão social difusa das normas de tipo primário.
- <sup>13</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 130.
- <sup>14</sup> BELTRAN, Jordi Ferrer. **Sobre el carácter de las normas de competencia**. Tese de doutorado em Direito. Universitat Pompeu Fabra. Departament de Dret, Barcelona, 1997. Disponível em: <HTTP://hdl.handle.net/10803/7312>. Acesso em 15.07.2012, p. 64.
- <sup>15</sup> No mesmo sentido Angel Rafael Mariño Castellanos, conforme suas exposições orais nas Disciplinas Introdução ao Estudo do Direito I e Teoria da Norma Jurídica, respectivamente, na graduação e pós-graduação *strictu sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.
- <sup>16</sup> ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: 1987, p. 120.
- <sup>17</sup> Nesse trabalho o termo sistema jurídico será utilizado como sinônimo de ordenamento jurídico, visto como conjunto de normas que regula a atividade de uma dada sociedade. Não se utiliza a tese de Eugenio Bulygin que distingue sistema de ordenamento jurídico. Para estes dois autores o sistema designa um conjunto de normas referido a um momento temporal, enquanto que o ordenamento seria o conjunto de todos os sistemas que contém as mesmas normas primitivas. KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Astrea 2005. p. 104 e 105.
- <sup>18</sup> Em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas (BOBBIO, 1994, p. 33).

- <sup>19</sup> Segundo Norberto Bobbio a linguagem possui três funções fundamentais: descritiva, que consiste em dar informação “em fazer conhecer”; expressiva, voltada a evidenciar certos sentimentos; prescritiva, consiste em dar comandos. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. Bauru: Edipro, 2008. p. 78 e 79.
- <sup>20</sup> “Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares).” Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a. p. 36. Kelsen ressalta o caráter coativo do sistema jurídico, mesmo quando nele há normas que, ao invés de uma sanção específica, prevêem recompensas para o estímulo do comportamento desejado, estando elas também atreladas a uma norma que estatui sanção. Essa é representada como a reação prevista na ordem jurídica à conduta proibida, mediante a qual se estabelece a imposição coativa de uma consequência. O sistema é um conjunto de normas coercitivas escalonadas a partir da norma fundamental.
- <sup>21</sup> Os principais argumentos de Hart para refutar essa teoria são resumidos da seguinte forma: “Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal- que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição- dentre todas as formas do direito seja a que mais pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sob o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidades de direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares)- modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimiladas às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno.” HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 104.
- <sup>22</sup> Diz, ainda: “pode-se dizer que todas as normas secundárias se situam num

nível diferente daquele das normas primárias, pois versam todas sobre essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas.” HART, 2009, p. 122.

<sup>23</sup> Hart, por vezes, fala em norma de reconhecimento, no singular, e, em outras, utiliza o termo no plural, como normas de reconhecimento. A distinção não é meramente gramatical. Por norma de reconhecimento Hart entende aquela que confere fundamento de validade a todas as normas produzidas e “introduz, embora de modo embrionário, a ideia de um sistema jurídico; pois as normas já não constituem um conjunto de elementos isolados e desconexos, mas se acham unificadas de uma forma simples”. HART, 2009, p. 123. Já as normas de reconhecimento (no plural) são aquelas que estatuem os critérios para identificação das demais normas integrantes no sistema, tais como as que disciplinam o processo legislativo (que, de alguma maneira, terão correlação com as normas de modificação abaixo mencionadas), etc.

<sup>24</sup> Embora seja adotada a teoria Hartiana a respeito de normas primárias e normas secundárias, o trabalho não pretende adotar um viés positivista, nem sequer supõe que o sistema jurídico se esgote na existência de normas primárias e secundárias. O próprio Hart não pretendeu conferir foros absolutos à classificação apresentada na obra *Conceito de Direito*, o que fica claro da seguinte passagem: “A junção das normas primárias e secundárias se situa no centro de um sistema jurídico; mas não constitui o todo, e, à medida que nos afastarmos do centro, teremos de conciliar [...] elementos de natureza diferente”. Hart, 2009, p. 128.

## Referências

ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 3. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

\_\_\_\_\_. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Fontamara, 2002.

BELTRAN, Jordi Ferrer. **Sobre el carácter de las normas de competencia**. Tese de doutorado em Direito. Universitat Pompeu Fabra. Departament de Dret, Barcelona, 1997. Disponível em: <HTTP://hdl.handle.net/10803/7312>. Acesso em 15.07.2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. Bauru: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Duração Razoável do Processo**. In: JAYME, Fernando Gonzaga, et al. (coord). **Processo Civil: novas tendências**, estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte, Del Rey, 2008<sup>a</sup> p. 433- 451.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fortes, 1998a.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Matins Fortes, 1998.

KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Astrea 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2<sup>a</sup> edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDONÇA, Daniel. **Exploraciones Normativas, Hacia una teoria general de las normas**. México: Distribuições Fontamara, 2001.



# Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação

## 1. Missão

A *Revista Direito & Paz*, periódico do Programa de Pesquisa e Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, está aberta à comunidade acadêmica nacional e internacional e destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, possam contribuir para a formação e o desenvolvimento científico, além da atualização do conhecimento na área específica de Direito.

Tem por finalidade o debate e a divulgação dos conhecimentos produzidos pelo seu corpo docente, discente e colaboradores de outras instituições, com vistas a abrir espaço para o intercâmbio de ideias e fomentar a produção científica.

## 2. Objetivos

- a) Divulgar trabalhos originais da área do Direito, sobretudo aqueles que tratam da Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.
- b) Fomentar a produção e facilitar a divulgação de trabalhos acadêmico-científicos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL e de outras Instituições de Ensino Superior do Brasil e do exterior.
- c) Propiciar o intercâmbio de informações entre profissionais da área do Direito, por meio da publicação de textos que se enquadrem nas normas para publicação de trabalhos da Revista.

## 3. Linha editorial

Articulada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do UNISAL – Mestrado em Direito – em parcerias com outras Instituições de Ensino e Pesquisa brasileiras e de outros países da América Latina, a *Revista Direito & Paz* constituir-se-á como um estímulo à produção acadêmica dos integrantes da comunidade salesiana de ensino e dos demais Programas de Pós-Graduação em Direito nacionais e internacionais. Ela abrirá espaço prioritariamente para as produções que versem sobre Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.

Dessa maneira, a Revista pretende possibilitar a mediação dialógica de pesquisadores, acadêmicos, operadores, juristas e filósofos das mais variadas referências teórico-metodológicas, epistemológicas e práticas, sendo considerada um veículo que permite a otimização da produção acadêmico-científica, que visa à melhor compreensão da ciência

do Direito e que contribui para resolução dos problemas jurídicos.

Com periodicidade semestral, junho e novembro, a *Revista Direito & Paz* tem edição em formato impresso. Porém, atualmente se projeta sua publicação também em formato digital. Ela receberá trabalhos que estejam adequados às condições de publicação, linha editorial e normas de publicação.

#### **4. Sobre o formato dos números da *Revista Direito & Paz***

Todos os números da Revista deverão necessariamente publicar no mínimo 6 (seis) artigos ou ensaios que preferencialmente versem sobre as linhas de pesquisa: 1- Ética e Meio Ambiente e; 2- Direitos Sociais e Cidadania.

A *Revista Direito & Paz* prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos, resenhas, resumos de teses e dissertações, traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa, estudo de casos, relatórios de pesquisas, debates científicos, comentários jurídicos, estudos estatísticos, transcrição de palestras e outros temas relevantes relativos à área do Direito.

Além do formato impresso, a Revista também será disponibilizada *on-line* na página do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, de forma a facilitar o acesso ao seu conteúdo.

#### **5. Procedimentos para a publicação**

Os critérios de avaliação para aceitação ou rejeição dos trabalhos são os seguintes:

- 1 - Os originais serão avaliados pelos pareceristas, todos professores doutores, de forma anônima e o parecer será referendado pelo Conselho Editorial e comunicado ao(s) autor(es).
- 2 - Na avaliação dos trabalhos serão considerados os seguintes critérios:
  - a) fundamentação teórica e conceitual;
  - b) relevância, pertinência e atualidade do assunto;
  - c) consistência metodológica;
  - d) formulação em linguagem correta, clara e concisa.
- 3 - A avaliação realizada pelos pareceristas apontará se o artigo foi:
  - a) aceito sem restrições;
  - b) aceito com propostas de alteração;
  - c) rejeitados;
- 4 - A “aceitação com propostas de alteração” implicará em que o autor se responsabilize pelas reformulações, as quais serão novamente submetidas aos pareceristas.
- 5 - Havendo necessidade, serão feitas modificações de modo a obter-se a formatação homogênea dos textos, sem alteração de conteúdo, a critério dos editores, na revisão final.
- 6 - Os trabalhos recusados serão devolvidos.
- 7 - Os pareceristas deverão incluir em seus pareceres sugestões cabíveis visando à melhoria de conteúdo e forma.
- 8 - Os pareceres serão encaminhados aos autores pelo Editor Responsável, preservando o anonimato dos pareceristas, informando-os da aceitação sem restrição, da aceitação com modificações ou da rejeição do trabalho pelo Conselho Editorial.

- 9 - Antes da publicação, o autor deverá encaminhar ao Conselho Editorial as seguintes declarações:
- a) termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o trabalho, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional;
  - b) autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou textos com mais de 200 vocábulos;
- 10 - Cada autor terá direito a cinco exemplares do número da Revista em que seu trabalho for publicado.
- 11 - Para publicação, os trabalhos deverão ter a aprovação de pelo menos dois (2) pareceristas, e de um terceiro parecerista em caso de controvérsia.
- 12 - Os colaboradores só poderão publicar um trabalho: artigo, síntese, comentário etc. em um mesmo número da Revista.
- 13 - O Conselho Editorial reserva-se o direito de vetar a publicação de matérias que não estejam de acordo com os objetivos da Revista.
- 14 - Considera-se responsável pelo trabalho publicado o autor que o assinou e não a Revista e seu Conselho Editorial.
- 15 - É permitida a cópia (transcrição) desde que devidamente mencionada a fonte.

## **6. Normas para a apresentação de trabalhos à *Revista Direito & Paz***

Cada número da *Revista Direito & Paz* terá um ou mais organizadores que serão indicados e trabalharão em parceria com o Editor Responsável da Revista.

Os textos e documentos (no formato impresso com a respectiva cópia em formato digitalizado) necessários para a avaliação deverão ser encaminhados ao Editor Responsável pela *Revista Direito & Paz*, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, para o seguinte endereço:

REVISTA DIREITO & PAZ  
A/C: Editor responsável  
– Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano  
UNISAL – Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
– Campus São Joaquim  
Rua Dom Bosco, 284  
Centro  
Lorena/São Paulo  
CEP: 12.600-970

Os textos encaminhados à *Revista Direito & Paz* devem conter entre 20000 e 60000 caracteres com espaço assim editados:

- a) A formatação das páginas deverá ser configurada em A4 com margens superior e esquerda de 3 cm, e inferior e direita de 2 cm.
- b) Título e, se for o caso, subtítulo, que devem indicar o conteúdo do texto (título: no máximo 12 palavras; subtítulos: no máximo 15 palavras); devem ser centralizados, fonte Times New Roman e negrito, corpo 12.
- c) Identificação do autor ou autores:
  - deve ser enviada em folha à parte para assegurar o anonimato, acompanhado do título do trabalho;
  - deve conter o nome completo do(s) proponen-

- te(s) do texto, titulação acadêmica, função e origem (instituição e unidade), e-mail, bem como telefone e endereço para contato do Conselho Editorial;
- d) A primeira página do texto deve conter: título e, se for o caso, subtítulo, resumo (no máximo 1300 caracteres com espaço), *abstract* (em inglês) ou *resumen* (em espanhol), e entre três e seis palavras-chave e *keywords* ou *palabras clave* (em espanhol). O(s) nome(s) do(s) autor(es) e da instituição não deve(m) aparecer nesta primeira página.
  - e) Os textos devem ser apresentados em formato “word” (versão 6.0 ou posterior), alinhados (justificados), e editados na fonte Times New Roman, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5.
  - f) As citações, a composição da bibliografia e as referências devem ser editadas seguindo as orientações do “Guia para Elaboração de Trabalhos Acadêmicos do UNISAL”, disponível em <http://www.am.unisal.br/institucional/pdf/normas-trabalhos-academicos-2005.pdf>.
  - g) Eventuais ilustrações e tabelas com respectivas legendas deverão ser apresentadas separadamente, com indicação, no texto, do lugar onde serão inseridas.
  - h) Os originais, que não serão devolvidos, deverão ser encaminhados em duas cópias impressas e outra em CD (editor Word for Windows 6.0 ou superior), com texto rigorosamente corrigido e revisado.
  - i) Ao autor de artigo aprovado e publicado serão fornecidos, gratuitamente, cinco exemplares do número correspondente da Revista.
  - j) A Revista *Direito & Paz* reserva-se o direito autoral

do trabalho publicado, inclusive os de tradução, permitindo, entretanto, a sua posterior reprodução como transcrição e com a devida citação da fonte.

- l) Os artigos representam o ponto de vista de seus autores e não a posição oficial da Revista ou dos autores ou das instituições que compõem o Conselho Editorial.

Todos os textos enviados no formato impresso deverão vir acompanhados por versão digitalizada.

As dúvidas podem ser dirimidas com envio de e-mail ao Editor Responsável pela *Revista Direito & Paz*, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, e-mail: revista@lo.unisal.br ou metodologo2001@yahoo.com.br



## Edição e Coedições Recentes do UNISAL

---

- *Francisca Amélia da Silveira*  
**A Selva e a Bagaceira: praxis artística e discurso social.**  
São Paulo: Unisal, 2001.

### Com Editora Vozes

---

- *Jorge Jaime*  
**História da Filosofia no Brasil.**  
Petrópolis: Vozes, 1997. 4v.
- *Nivaldo Luiz Pessinatti*  
**Políticas de Comunicação da Igreja Católica no Brasil.**  
Petrópolis: Vozes, 1998.

### Com Editora Santuário

---

- *Paulo César da Silva*  
**A pessoa em Karol Woytila. (ESGOTADO)**  
Aparecida: Santuário, 1997.

- *Paulo César da Silva*  
**A Ética Personalista em Karol Woytila.**  
Aparecida: Santuário, 2001.
- *José Prado Pereira Junior*  
**Carnaval em Guaratinguetá:**  
Embaixada do Morro 60 anos  
Aparecida: Santuário, 2004.
- *José Luiz Pasin*  
**Vale do Paraíba A Estrada Real:**  
caminhos & roteiros  
Aparecida: Santuário, 2005.

---

***Com Editora Salesiana Dom Bosco***

- *Belmira O. Bueno*  
**Epistemologia da Pedagogia:**  
a obra pedagógica do P. Carlos Leôncio da Silva.  
São Paulo: E.S.D.B., 1992.
- *Nivaldo Luiz Pessinatti*  
**Livros em revistas.**  
São Paulo: E.S.D.B., 1996.

---

***Com Editora Stiliano***

- *Anelise de Barros Leite Nogueira*  
**Criatividade e Percepção  
em Estudantes de Psicologia. (ESGOTADO)**  
Lorena: Stiliano, 1998.
- *Izabel Maria Nascimento da Silva Máximo*  
**Imagem Corporal: (ESGOTADO)**  
uma leitura psicopedagógica e clínica.  
Lorena: Stiliano, 1998.

- *Lino Rampazzo*  
**Metodologia Científica.** (ESGOTADO)  
Lorena: Stiliano, 1998.
- *Ana Carlota Pinto Teixeira*  
**Adoção:** um estudo psicanalítico.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *André Luiz Moraes Ramos*  
**Cíume Romântico:**  
teoria e medidas psicológicas.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Antonia Cristina Peluso de Azevedo*  
**Psicologia Escolar:** o desafio do estágio.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Denise Procópio*  
**Crise e Reencontro consigo mesmo.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Eduardo Luiz dos Santos Cabette*  
**Interceptações Telefônicas.**  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Margareth M. Pacchioni*  
**Estágio e Supervisão:**  
uma reflexão sobre a aprendizagem significativa.  
Lorena: Stiliano, 2000.
- *Maria José Urioste Rosso*  
**Cultura Organizacional:** uma proposta metodológica.  
Lorena: Stiliano, 2000.

### Com Editora Salesiana

---

- *Francisco Sodero Toledo*  
**Outros caminhos:** Vale do Paraíba:  
do regional ao internacional, do global ao local. (ESGOTADO)  
São Paulo: Salesiana, 2001.

### Com Editora Cabral

---

- *Fábio José Garcia dos Reis (Org.)*  
**Turismo:** uma perspectiva regional. (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2002.
- *Fábio José Garcia dos Reis (Org.)*  
**Perspectivas da Gestão Universitária.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.
- *Francisco Sodero Toledo*  
**Igreja, Estado, Sociedade e Ensino Superior:**  
A Faculdade Salesiana de Lorena.  
Taubaté: Cabral, 2003.
- *Flávio Martins Alves Nunes Júnior*  
**Princípios do Processo**  
**e outros temas processuais – Volume I.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.
- *Grasiele Augusta Ferreira Nascimento; Lino Rampazzo (Orgs.)*  
**Biodireito, Ética e Cidadania.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2003.
- *Francisco de Assis Carvalho*  
**Educação Integral:**  
a proposta educacional numa perspectiva católica.  
Taubaté: Cabral, 2004.

- *Luis Fernando Rabelo Chacon*  
**Direito internacional**  
**com ênfase em comércio exterior.** (ESGOTADO)  
Taubaté: Cabral, 2004.
- *José Luiz Pasin*  
**Catálogo da Sala “Euclides da Cunha”**  
Taubaté: Cabral, 2005.

### **Com Editora Alínea**

---

- *Ana Maria Viola de Sousa*  
**Tutela jurídica do idoso.** (ESGOTADO)  
Campinas: Alínea, 2004.
- *Flávio Martins Alves Nunes Júnior; Grasielle Augusta Ferreira Nascimento* (Orgs.).  
**O Direito e a Ética**  
**na Sociedade Contemporânea.** (ESGOTADO)  
Campinas: Alínea, 2005.

### **Com Editora Lucerna**

---

- *Severino Antonio*  
**Educação e transdisciplinaridade:**  
**crise e reencantamento da aprendizagem.** (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- *Severino Antonio*  
**A utopia da palavra:**  
**linguagem, poesia e educação: algumas travessias.** (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.

- *Laureano Guerreiro*  
**A educação e o sagrado:**  
a ação terapêutica do educador. (ESGOTADO)  
Rio de Janeiro: Lucerna, 2005.

#### *Com Editora Idéias e Letras*

---

- *Paulo Cesar da Silva*  
**A antropologia personalista de Karol Wojtyla:**  
pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II.  
Aparecida: Idéias e Letras, 2005.

#### *Com Editora Juruá*

---

- *Grasiele Augusta Ferreira Nascimento*  
**A educação e o trabalho do adolescente.**  
Curitiba: Juruá, 2004.
- *Maria Aparecida Alckmin*  
**Assédio moral na relação de emprego.** (ESGOTADO)  
Curitiba: Juruá, 2005.



EDITORACÃO



Rua Professor Elizeu Chagas, 549 – Jardim Paraíba  
Fone: (12) 3105-7482 – 12570-000 – Aparecida-SP.  
E-mail: [marcelosanna@hotmail.com](mailto:marcelosanna@hotmail.com)