

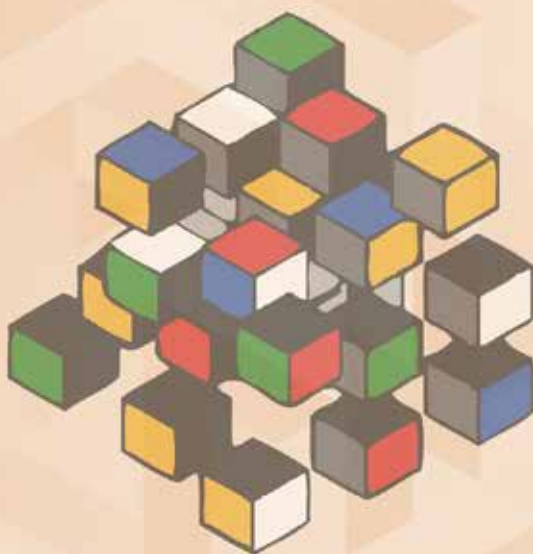
ORGANIZADORES:

MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER

CARLOS BASTIDE HORBACH

ISBN: 978-85-61990-15-2

ESTUDOS DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS



Uniceub

**MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB.**

MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER CARLOS BASTIDE HORBACH

ESTUDOS DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS



Brasília - 2013

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Edson Elias Alves da Silva

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

Organização

Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

Projeto Gráfico

UniCEUB/ACC

Diagramação

Renovacio Criação

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Estudos de direito e políticas públicas / Márcia Dieguez Leuzinger, Carlos Bastide Horbach (orgs.). – Brasília: UniCEUB, 2013.

425 p.

ISBN: 978-85-61990-15-2

1. Direito. 2. Políticas públicas. 3. Direitos Fundamentais. I. Leuzinger, Márcia Dieguez. II. Horbach, Carlos Batisde.

CDU 340

Alice Serpa Braga

Procuradora Federal. Bacharel em Direito (UFC, 2006). Especialista em Direito Constitucional (IDP/UNISUL/LFG, 2008), Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB, 2013).

Amanda Wendt Mitani

Aluna do 10º Semestre no curso de Direito do UniCEUB; - Participante do grupo de Pesquisa Política Criminal, cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Cnpq e certificado pelo UniCEUB.

Carlos Bastide Horbach

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996), mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2001) e doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2004). Atualmente é Professor Doutor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, professor do curso de Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e advogado em Brasília.

Cristina Zacksescki

Graduada em Direito em 1993 na Universidade Federal de Santa Maria(RS); Mestre em Direito em 1997 pelo Centro de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (SC); Doutora em Ciências Sociais em 2006 pelo Centro de Pesquisa e Pós-graduação em Estudos Comparados sobre as Américas da Universidade de Brasília (DF); Professora de Direito Penal, Criminologia, Política Criminal, Segurança Pública e Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); Líder do grupo de Pesquisa Política Criminal, cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Cnpq desde 2007.

Fernanda Mathias de Souza Garcia

Mestranda em Políticas Públicas no Uniceub, pós-graduada em Direito Comunitário pela Universidade de Roma II “Tor Vergata” e em Direito Administrativo pela Universidade Católica de Brasília. Professora do Centro Universitário de Brasília (Uniceub) desde 2003. Membro do Conselho Penitenciário do Distrito Federal. Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Guilherme Valle Brum

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (DF) e Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Héctor Valverde Santana

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). Juiz de Direito do Distrito Federal.

José Walter Galvão

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor de Direito do Consumidor. Advogado.

Lucienne Casqueiro Gois

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) em 2012 Colaboradora da Defensoria Pública do Distrito Federal desde 2009.

Luis Carlos Martins Alves Júnior

Bacharel em direito, Universidade Federal do Piauí; doutor em direito constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais; professor do Centro Universitário de Brasília; Procurador da Fazenda Nacional perante o Supremo Tribunal Federal.

Márcia Dieguez Leuzinger

Procuradora do Estado do Paraná, Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB, professora de Direito Ambiental da graduação, do mestrado e do doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, líder do grupo de pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável, autora de diversos livros e artigos na área do Direito Ambiental.

Maria Teodora farias Traldi

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB; Graduada em Direito pelo UniCEUB; Graduada em Administração de Empresas pela UnB; Membro do grupo de Pesquisa Política Criminal, cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Cnpq e certificado pelo UniCEUB.

Neide Teresinha Malard

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1971), Mestre pela Faculty Of Law - University of London (1990), e pela Universidade de Brasília (1990) e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997). Atualmente é docente do Centro Universitário de Brasília e do Instituto de Educação Superior de Brasília.

René Marc

Mestre e Doutor em História pela Universidade de Brasília - UnB e graduado em Antropologia e História pela mesma Universidade. É professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Ensino Unificado de Brasília - UniCeub e Coordenador do PADÊ - Grupo de Pesquisa em Filosofia, Raça, Gênero e Direitos Humanos.

APRESENTAÇÃO 13

I—TEMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, À LUZ DO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS1 17

Luís Carlos Martins Alves Jr

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS49

Paulo Campanha Santana

DOENÇA MENTAL E NEGRITUDE NO BRASIL67

René Marc da Costa Silva67

II—TEMAS DE DIREITO AMBIENTAL

PARQUES NACIONAIS: TURISMO ECOLÓGICO E INCLUSÃO NA PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL87

Alice Serpa Braga, Márcia Dieguez Leuzinger

DANO MORAL AMBIENTAL111

Paulo Campanha Santana, Márcia Dieguez Leuzinger

III—TEMAS DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

A PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: O CASO NARDONI 125

Maria Teodora Farias Traldi, Cristina Zackseski

A DESCRIÇÃO DA DESCRIÇÃO DO ABORTO EM PORTUGAL SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA151

Lucienne Casqueiro Gois, Cristina Zackseski

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA: UM OLHAR SOBRE DECISÕES DE TRIBUNAIS DA FEDERAÇÃO185

Guilherme Valle Brum

“POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO” DE MORADORES DE RUA: PRESERVANDO A ORDEM E AS “FRONTEIRAS SOCIAIS” HOMELESS “CHASING POLICIES”: PRESERVING THE ORDER AND THE “SOCIAL FRONTIERS”215

Amanda Wendt Mitani, Cristina Zackseski

O USO DA TECNOLOGIA NA SEGURANÇA PÚBLICA: UM ESTUDO SOBRE MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE LIBERDADE NOS SAIDÕES DE PRESOS NO DISTRITO FEDERAL.....251

Grupo de Pesquisa Política Criminal

IV–TEMAS VARIADOS

AS ESTRUTURAS DA ATIVIDADE ECONÔMICA REGULADAS PELO DIREITO ECONÔMICO281

Neide Teresinha Malard

A NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO NA EUROPA315

Fernanda Mathias de Souza Garcia

OS FORMATOS DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COPYLEFT345

José Walter Queiroz Galvão, Héctor Valverde Santana

PÓS-COLONIALISMO E RACISMO – BIOPODER E ADMINISTRAÇÃO DA DIFERENÇA NO BRASIL361

René Marc da Costa Silva

APRESENTAÇÃO

O livro Estudos de Direito e Políticas Públicas é resultado do trabalho de pesquisa desenvolvido por professores e alunos do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Os resultados obtidos com os diferentes grupos de pesquisa coordenados pelos professores do Programa e com os trabalhos monográficos apresentados pelos alunos das diversas disciplinas oferecidas, conjugados com outras atividades desenvolvidas por professores e alunos que apresentam interesse para a instituição e para o Programa, foram compilados neste volume, que será o primeiro de uma série a ser publicada anualmente com tal finalidade.

A cooperação entre professores e alunos foi estimulada, o que acarretou a confecção de diversos artigos que são produto desses esforços conjugados. A produção individual dos alunos, a partir das pesquisas realizadas para suas teses ou dissertações, também vem sendo encorajada, o que possibilita o aprofundamento em matérias relacionadas ao objeto de seu trabalho final.

Os temas que integram a presente coletânea, no entanto, não foram aleatoriamente coletados e agrupados, mas sistematicamente selecionados e organizados, o que confere ao livro coerência e relevância no trato de questões afetas ao Direito e às Políticas Públicas, que conformam as duas áreas de concentração do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do UniCEUB.

Márcia Dieguez Leuzinger
Carlos Bastide Horbach
Organizadores

I-TEMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, À LUZ DO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS¹

Luís Carlos Martins Alves Jr ²

Em homenagem ao professor Marcelino Leal Barroso de Carvalho, mestre de muitas gerações do Piauí, e padrão de conduta para todos quantos procuram levar o estudo do Direito a sério.

Acredito que estudar filosofia deve encontrar em si mesmo sua recompensa, na medida em que satisfaz um inveterado anseio de clareza e nos permite saborear os puros prazeres do espírito. Se, além disto, esse estudo nos proporciona um entendimento mais completo do mecanismo e da lógica do direito e aumenta nossa capacidade para o cumprimento da tarefa, teórica e prática a que nos devotamos, tanto melhor (ALF ROSS).

INTRODUÇÃO

O artigo tem como objeto o alcance normativo da expressão constitucional “devido processo legal”, explicitado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à luz do realismo jurídico de Alf Ross, exposto em seu livro “Direito e Justiça”³

¹ Texto construído a partir de palestra proferida no Centro Universitário de Anápolis - GO, em 3-5-2011, por ocasião da XI Semana do Curso de Direito.

² Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí; Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais; Professor de Direito Constitucional, Centro Universitário de Brasília e Centro Universitário de Anápolis; Procurador da Fazenda Nacional perante o Supremo Tribunal Federal; Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccionais do Piauí e do Distrito Federal.

³ Direito e Justiça. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

A justificativa desse tema descansa no fato incontestável de que o direito fundamental e moral a uma prestação jurisdicional justa e imparcial pressupõe a concretização da aludida promessa constitucional, fiada na seriedade comportamental e na sinceridade de propósitos dos magistrados, em particular, dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF).

A finalidade desta análise consiste em apresentar, de modo crítico, o entendimento dominante do Tribunal acerca do referido termo constitucional, verificando a consistência argumentativa e a coerência normativa das manifestações e narrativas dos ministros do STF na aplicação dos citados vocábulos constitucionais na solução dos conflitos submetidos à apreciação da Corte.

O caminho a ser percorrido visitará o texto constitucional, textos normativos infraconstitucionais, textos normativos internacionais, textos doutrinários e, especialmente, decisões e manifestações dos ministros do STF. O principal prisma teórico será o realismo jurídico de Alf Ross.

Com efeito, o estudo sério acerca dos institutos normativos e das instituições jurídicas não pode ficar preso às palavras contidas nas “Leis” (aqui no sentido de texto normativo prescritivo), mas requer a análise de como efetiva e realmente se dá a aplicação normativa pelos Tribunais na solução dos casos concretos, como ensinado por Alf Ross e o seu realismo jurídico.

Daí, porque o preciso magistério de Dimitri Dimoulis⁴ acerca do papel desempenhado pelos tribunais na realização normativa do Direito. Peço licença para recordar longa, porém, indispensável passagem de profunda advertência pedagógica do “professor Wendelin”, personagem criada pelo citado Dimitri Dimoulis na obra “O caso dos denunciante invejosos”, de Lon Fuller, que elucida a indispensabilidade do estudo dos precedentes judiciais:

Decidir sobre a “verdade” no direito é um exclusivo privilégio dos juízes. Os políticos que atuam como legisladores e nós, doutrinadores, não temos o poder de decidir sobre o que é o direito. Quem fala do direito sem ser juiz parece com aqueles debatedores das emissões esportivas de domingo que discutem por horas e horas sobre pênaltis e impedimentos, sem poder alterar em nada as decisões dos árbitros!

⁴ FULLER, Lon. **O caso dos denunciante invejosos** – introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. Trad. Dimitri Dimoulis. São Paulo: RT, 2003, p. 51-52.

O positivismo jurídico ensinou que o direito depende da vontade do legislador, sendo aleatório e mutável. O realismo jurídico fez um passo a mais. Demonstrou que o direito realmente aplicado, o “direito em ação”, não depende das palavras do legislador nem dos livros dos doutrinadores. Depende da vontade do juiz que dá sentido às palavras dos legisladores e dos doutrinadores, podendo mesmo invertê-las por completo.

Por essa razão, as propostas formuladas nessa mesa, assim como as eventuais leis retroativas sobre os Denunciantes Invejosos, não passam de meros desejos. O poder de decisão pertence aos juízes que criam o direito. Eles dirão se aquele que fez uma denúncia para se livrar de um inimigo foi um cidadão respeitoso da lei ou um criminoso que merece castigo. Nenhuma lei e nenhuma reflexão teórica serão mais poderosas do que a decisão do magistrado mais humilde.

Se não existe nem verdade, nem justiça, nem certeza na aplicação do direito, se esses conceitos são propagandas enganosas dos juristas que querem enaltecer sua profissão, devemos concluir que é inútil estudar o direito? Penso que não.

Estudar os regulamentos do legislador e a jurisprudência permite prever as futuras decisões e explica como decidem os juízes, quais são os elementos sociais, políticos e psicológicos que os fazem tomar determinada decisão. Em outras palavras, o direito é uma questão da prática que depende das circunstâncias, dos interesses em jogo e da personalidade de quem decide. Quanto mais estudamos esses elementos, maiores são as chances de prever as decisões do Judiciário.

Além disso, me parece que os doutrinadores devem formular propostas sobre a correta aplicação do direito, já que eles possuem um valioso conhecimento técnico sobre os conceitos e os métodos de interpretação do direito que pode ajudar o Judiciário em suas decisões.

Quais são os critérios para formular essas propostas? Alguns doutrinadores opinam por defender os interesses de seus clientes; outros fazem propostas acreditando que falam em nome da verdade e da justiça; há também doutrinadores que defendem as interpretações socialmente úteis. Eu sigo essa última orientação, porque considero o direito como instrumento para melhorar a vida social.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar em diversas oportunidades acerca do alcance normativo dos enunciados objetos da presente análise, estampados no inciso LIV da Constituição Federal: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nessa perspectiva, verificar a compatibilidade das decisões do STF com o ordenamento jurídico, a consistência argumentativa dos ministros e a coerência normativa de suas manifestações na aplicação dos aludidos dispositivos constitucionais, de modo crítico é a missão acadêmica que se propõe realizar.

1 O DIREITO CONSTITUCIONAL E MORAL DE UM JULGAMENTO JUSTO, IMPARCIAL E CONVINCENTE

Somente há direito se houver amparo no (do) ordenamento jurídico. Não há direito fora do ordenamento jurídico. Todavia, há direitos tão fortes, tão consistentes, tão incorporados na consciência cívica da comunidade, que não são apenas “direitos jurídicos”, mas verdadeiros “direitos morais”, graças à alta carga valorativa que possuem. São direitos civilizatórios. No entanto, é importante assinalar que o ordenamento jurídico não se esgota na “Lei escrita”, como pontifica Alf Ross.⁵

Dentre esses cogitados “direitos morais”, tem-se o direito fundamental a um julgamento justo (porque imparcial) e o direito constitucional da inafastabilidade da jurisdição nas hipóteses de ameaças ou lesões a direitos (art. 5, inciso XXXV, CF),⁶ bem como o direito a ser convencido publicamente pelo magistrado, conforme dispõe o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.⁷

Para realizar essa promessa de um julgamento justo, o ordenamento jurídico exige o “devido processo legal”. Com efeito, para absolver ou condenar (ou para julgar procedente ou improcedente um pedido judicial), o magistrado deve formar suas convicções apreciando com liberdade as provas lícitas, viabilizando o contraditório e a mais ampla defesa, de acordo com o devido processo legal.

⁵ Obra citada, p. 128.

⁶ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷ Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Nesse específico tema da formação da convicção do julgador, o magistério de Lenio Luiz Streck⁸ traz uma importante reflexão sobre o ato judicial de interpretar e decidir:

[...] a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução as causas submetidas ao seu crivo. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.

No plano legal, essa prerrogativa (ou verdadeiro dever) - de livre apreciação das provas - do magistrado brasileiro pode ser vislumbrada, a título ilustrativo e prescritivo, nos artigos 155, do Código de Processo Penal, e 131, do Código de Processo Civil.⁹

Essa livre apreciação das provas - reitera-se - não significa arbítrio absoluto, mas relativa discricionariedade. Ou seja, deve o magistrado justificar razoável e racionalmente com apoio em evidências comprováveis e aceitáveis e, fundamentando com base no ordenamento jurídico (Tratados, Constituição, Leis, Decretos, precedentes judiciais etc.) o porquê de sua decisão, seja a condenatória seja a absolutória, no plano penal, seja a da procedência ou da improcedência do pedido, na seara cível.

Essas evidências deverão se consubstanciar em provas lícitas obtidas de modo legítimo, sendo, por consequência, válidas e idôneas para a formação da convicção do magistrado. Não são quaisquer provas que influenciarão o magistrado, mas apenas as que forem válidas e idôneas porque obtidas de modo legítimo e com procedimentos lícitos. Do contrário, se a prova não for válida, poderá ser decretada a nulidade do processo, tendo em vista o julgamento viciado do magistrado, por violação ao devido processo legal.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98.

⁹ Código de Processo Penal, Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Código de Processo Civil, Art. 131: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Eis uma das maiores garantias fundamentais da pessoa humana: o julgamento sem vícios, porque fundado em provas válidas e mediante um procedimento em conformidade com o ordenamento jurídico e proferido por alguém imbuído do desejo de ser justo ao praticar a verdadeira justiça (ou a justiça possível para a humanidade). Indiscutivelmente, essa aludida garantia é uma das maiores conquistas evolutivas da humanidade organizada em sociedade civil.

Nesse prisma, no plano penal, por exemplo, não deve o magistrado ser parceiro da Polícia ou do Ministério Público na busca da condenação. Tampouco deve ser condescendente ou leniente com a Advocacia ou com a Defensoria na tentativa da absolvição. O magistrado deve procurar ser justo e imparcial.

Deve - ainda no exemplo da seara penal - o magistrado buscar a realização da justiça, apreciando com rigor as circunstâncias fáticas e as provas colacionadas, examinando com atenção, consideração e respeito os testemunhos e as argumentações da acusação e da defesa, e estudando com dedicação e seriedade os fundamentos jurídico-normativos que justificarão sua decisão.

Essa deve ser a postura de um magistrado digno da toga que veste e que honra a confiança que nele depositam as pessoas e toda a sociedade. É um conforto tanto para o inocente quanto para o culpado ser destinatário de uma sentença que buscou concretizar a justiça. Essa tranquilidade serve para todos os conflitos judiciais ou controvérsias normativas, independentemente de sua natureza ou caráter.

Pois bem, para a concretização desse postulado civilizatório da humanidade, que é o julgamento justo, o sistema jurídico brasileiro possui um cabedal significativo de instrumentos normativos: a Constituição Federal, a legislação processual nacional, os textos normativos internacionais e os precedentes jurisprudenciais.

Todo esse aparato normativo - reitera-se - simboliza a ideia de civilidade que deve permear a convivência humana em sociedade. É intuitivo que, na sociedade contemporânea, a justa punição - ou a correta absolvição - fundada racionalmente em provas válidas (porque lícitas e legítimas) é o que nos diferencia das sociedades bárbaras e incivilizadas.

Esse modo de proceder dá - inclusive - eventual superioridade moral que permita a difícil e a dolorosa tarefa de segregar aqueles que, ao agredirem ou

tras pessoas - violando as normas de proteção do convívio social -, cometeram crimes.

A moralidade objetiva da força do direito pressupõe a tentativa desesperada de um julgamento justo (porque imparcial e convincente), de acordo com o preceito do “devido processo legal” e seus consectários do “contraditório e da ampla defesa” e da “proscrição das provas ilícitas”.

Não sem razão que Karl Olivecrona¹⁰ e Ronald Dworkin¹¹ foram buscar na mitologia grega as representações do magistrado justo: *Atlas*, para Olivecrona e *Hércules*, para Dworkin.

Induvidosamente, a tarefa de concretização da justiça exige um esforço sobre-humano, quase divino. No entanto, em que pesem as dificuldades, o magistrado sinceramente comprometido com a busca da verdade racional, razoável, convincente e coletivamente aceitável, poderá facilitar a sua tarefa (e confortar a sua consciência moral) se respeitar e aplicar os referidos preceitos processuais constitucionais, mormente a garantia do “devido processo legal”.

2 OS ENUNCIADOS NORMATIVOS SUPRANACIONAIS

Não somente no plano nacional há diretivas em busca do julgamento justo e civilizado, especialmente no âmbito penal, conforme o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos

¹⁰ OLIVECRONA, Karl. **Linguagem jurídica e realidade**. Quartier Latin, 2005, p. 32.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes, 1999, p. 287.

e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹² Cuide-se que tanto a Declaração Universal quanto a Declaração e a Convenção Americanas reconhecem a importância dos deveres – e não só dos direitos – inerentes a cada pessoa.¹³

Continuo ainda na seara penal. Nada obstante o descumprimento, pelos culpados, dos seus deveres jurídicos, isso não lhes tola os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, pois, repete-se à exaustão, a superioridade moral

¹² Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Art. XI, item 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Art. XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes. Art. XXVI. Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que não se lhe inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Art. 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; [...]; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; [...]; 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. [...]. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

¹³ Art. XXIX (Declaração Universal)

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

Art. XXVIII (Declaração Americana)

Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem estar geral e do desenvolvimento democrático.

Art. XXIX (Declaração Americana)

O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade.

Art. 32 – Correlação entre deveres e direitos (Convenção Americana)

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-comum, em uma sociedade democrática.

de nossa civilização decorre do respeito e da consideração destinados mesmo àqueles que desrespeitaram e violaram as nossas leis.

Esse relevante aspecto simbólico foi bem capturado pelo Ministro Eros Grau no julgamento do *Habeas Corpus* n. 94.408¹⁴, que confirmou o entendimento consagrado no *Habeas Corpus* n. 84.078¹⁵, no qual o Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade da “execução antecipada da pena”. O ministro Eros Grau relembrou o magistério de Evandro Lins, outrora ministro do STF, para quem: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

E disse mais o citado Ministro Eros Grau:

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil).

Ante esse quadro, segundo o Supremo Tribunal Federal, se nem mesmo o condenado pode ser privado das prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana, com muito maior razão deverá ser protegido o que ainda se encontra apenas acusado ou processado, portanto, sequer condenado.

Esse é o cuidado que se deve ter com o investigado ou acusado penalmente, uma vez tratar-se de indivíduo dotado de igual dignidade humana, na esteira do magistério jurisprudencial do STF.

Nessa senda, recorda-se o que disse o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.409¹⁶:

[...] não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo, daí a necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 94.408. 2ª Turma. Julgado em 10.2.2009. Acórdão Publicado em 26.3.2009.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.078. Pleno. Julgado em 5.2.2009. Acórdão Publicado em 25.2.2010.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.409. 2ª Turma. Julgado em 14.12.2004. Acórdão Publicado em 19.8.2005.

À toda evidência, no rastro da jurisprudência do STF, o indivíduo que está sob investigação policial ou que se encontra criminalmente processado deverá ter garantida as franquias processuais constitucionais, sobretudo o direito de ser julgado por magistrado convencido por meio de provas válidas, isto é, juridicamente lícitas e obtidas de modo legítimo, viabilizando-se o contraditório e a mais ampla defesa, dentro de um devido processo legal.

Tudo isso em obediência ao ordenamento jurídico (Constituição, Leis, Tratados, precedentes) e em homenagem à dignidade da pessoa humana, porque todos somos merecedores de mútuo respeito e consideração, porquanto somos todos iguais, inexistindo superioridade ou inferioridade valorativa entre os homens.

Nessa linha, após visitar textos normativos supranacionais, dispositivos da Constituição Federal e da legislação nacional, deve-se buscar o amparo normativo dessas mencionadas garantias na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Antes, contudo, será surpreendido o magistério doutrinário de Alf Ross, um dos principais expoentes do realismo jurídico, uma corrente teórica que atribui importância capital ao estudo e conhecimento das práticas judiciais na concretização e na compreensão do Direito, no sentido de que o direito positivo não se esgota no texto normativo, mas deve ser observado na realidade e na dinâmica dos tribunais.

3 O REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E O LIVRO “DIREITO E JUSTIÇA”

Na apresentação de Alaôr Caffé Alves à edição brasileira do referido livro “Direito e Justiça”, que foi originariamente publicado na Dinamarca, em 1953, com o título “Om Ret og Retfærdighed”, revela-se que o professor danês Alf Ross teve como método a análise do Direito como fenômeno jurídico experimental, tendo como principal objeto de estudo as práticas judiciais.¹⁷

No prefácio que escreveu, em 1958, à edição inglesa do aludido livro, cujo título naquele idioma é “On Law and Justice”, Alf Ross externou:

A principal idéia deste trabalho é levar no campo do direito os princípios do empirismo às suas conclusões últimas. Desta idéia emerge a exigência metodológica do estudo do

¹⁷ Op. cit., p. 9-14.

direito seguir os padrões tradicionais de observação e verificação que animam toda a moderna ciência empirista, e a exigência analítica das noções jurídicas fundamentais serem interpretadas obrigatoriamente como concepções da realidade social, do comportamento do homem em sociedade e nada mais. Por esta razão é que rejeito a idéia de uma “validade” a priori específica que coloca o direito acima do mundo dos fatos e reinterpreto a validade em termos de fatos sociais; rejeito a idéia de um princípio a priori de justiça como guia para a legislação (política jurídica) e ventilo os problemas da política jurídica dentro de um espírito relativista, quer dizer, em relação a valores hipotéticos aceitos por grupos influentes na sociedade; e finalmente, rejeito a idéia segundo a qual o conhecimento jurídico constitui um conhecimento normativo específico, expresso em proposições de dever ser, e interpreto o pensamento jurídico formalmente em termos da mesma lógica que dá fundamento a outras ciências empíricas (proposições de ser).

[...]

Durante os mais de trinta anos em que me ocupei dos estudos jusfilosóficos, tenho, é claro, recebido orientação e inspiração procedentes de muitos lugares. Sem elas teria sido impossível escrever este livro. Tais débitos são esquecidos facilmente, o que me torna incapaz de apresentar uma lista completa. Mas devo mencionar dois mestres que tiveram para mim uma maior significação do que quaisquer outros: Hans Kelsen, que me iniciou na filosofia do direito e me ensinou, acima de tudo, a importância da coerência, e Axel Hägerström, que me abriu os olhos para o vazio das especulações metafísicas no campo do direito e da moral.¹⁸

Alf Ross se preocupa com as relações entre o que ele chama de “direito vivo” (o direito que realmente se desenvolve no seio da comunidade) e o “direito teórico ou dos livros”, e as forças que de fato motivam a aplicação do direito em contraposição aos fundamentos racionalizados presentes nas decisões judiciais.¹⁹

¹⁸ Op. cit., p. 19-20.

¹⁹ Op. cit., p. 26.

Para Alf Ross, as leis são expressões linguísticas. As expressões linguísticas podem ser divisadas em três categorias: a) asserções; b) exclamações e c) diretivas.²⁰

Segundo Alf Ross, as asserções são as expressões linguísticas que indicam certo estado de coisas, como sucede com a expressão “meu pai está morto”. As exclamações são as expressões linguísticas que não têm significado representativo, não exercem qualquer influência, como sucede com a expressão “ai!”. As diretivas são as expressões linguísticas sem significado representativo, mas com intenção de exercer influência, como sucede com a expressão “feche a porta”.²¹

Nessa batida, segundo Alf Ross, as regras jurídicas são obviamente “diretivas”, que visam exercer influência sobre as condutas humanas:

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. Um parlamento não é um escritório de informações, mas sim um órgão central de direção social.²²

Segundo Ross, a regra jurídica não é verdadeira nem falsa, é diretiva, pois a sua finalidade é prescrever comportamentos, de sorte que há uma distinção entre (a) o próprio direito enquanto regra jurídica, e (b) o conhecimento acerca do direito enquanto proposições acerca das regras jurídicas.²³

Alf Ross, em tópico sobre o “conceito de direito vigente”, faz uma interessante aproximação entre as regras jurídicas e as regras do xadrez, ao revelar o aspecto de fenômeno social de ambos os sistemas normativos, tanto o direito quanto o xadrez. Para ele, as regras normativas são convencionais e estabelecem uma “conexão de significados” entre os participantes do “jogo” social. O conhecimento das regras do xadrez não implica que se ganhe o jogo. Assim como o conhecimento das normas jurídicas não implica a sua obediência nem a vitória nas demandas judiciais.²⁴

²⁰ Op. cit., p. 31.

²¹ Op. cit., p. 28-31.

²² Op. cit., p. 31.

²³ Op. cit., p. 33.

²⁴ Op. cit., p. 34-37.

Segundo Alf Ross, as regras se apresentam como “esquemas interpretativos”. Daí porque:

[...] ‘direito vigente’ significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.²⁵

Discorrendo sobre o ordenamento jurídico, Alf Ross entende, resumidamente, que ele – o ordenamento jurídico – é o conjunto de regras para o estabelecimento e o funcionamento do aparato de força do Estado.²⁶

Quanto à “ciência jurídica”, Alf Ross defende que ela não pode ser separada da “política jurídica”, na medida em que a descrição científica está imbuída de prescrição política. Ou seja, o cientista, ao descrever, prescreve e, portanto, procura influenciar a compreensão e a concretização do direito.²⁷

Segundo Alf Ross, há uma relação entre “temor e respeito”, que são os dois motivos que caracterizam a experiência do direito. Isso significa que a obediência ou adesão ao Direito tem um fundamento ideológico e político. Daí porque, segundo ele, o poder político é competência jurídica, de modo que não existe poder político independente do direito.²⁸

Dissertando sobre variados temas da teoria do direito, Alf Ross visita um que é especialmente caro para os nossos propósitos: o método jurídico ou interpretação. Na linha kelseniana, para ele, a interpretação é política jurídica e não ciência do direito.²⁹

Alf Ross aborda os aspectos sintáticos, lógicos, semânticos e pragmáticos dos problemas da interpretação do direito. Com isso, pretende ele revelar o real alcance da administração da justiça praticada pelos magistrados, independentemente dos “critérios” interpretativos, e tendo em vista a “eterna” tensão entre a vontade subjetiva do legislador e a vontade objetiva da lei.³⁰

²⁵ Op. cit., p. 41.

²⁶ Op. cit., p. 58.

²⁷ Op. cit., p. 71-76.

²⁸ Op. cit., p. 84.

²⁹ Op. cit., p. 136.

³⁰ Op. cit., p. 135-187.

É contundente a insistência de Alf Ross no dever de conhecer a jurisprudência e a prática dos tribunais; de sorte que, somente assim, seria possível estabelecer um eventual critério seguro de como o direito realmente tem funcionado e como poderá vir a funcionar na solução de problemas futuros.

Alf Ross discorre sobre os postulados da “consciência jurídica” e nos convida a refletir sobre o papel social desempenhado pelo jurista na defesa dos interesses políticos refletidos no ordenamento jurídico e na prática dos tribunais, e acusa o jurista de estar à disposição de quem segura as rédeas do poder.³¹

Em sociedades democráticas, digo eu, nas quais deve reinar o primado da liberdade, da alteridade, da pluralidade, da aceitação do outro e da força do diálogo e do argumento convincente, o jurista deve estar a serviço do poder e do direito na defesa dos valores normatizados e protegidos pelo ordenamento jurídico.

No Estado Democrático de Direito que se tem vivenciado desde 1988, conhecer a Constituição e o alcance normativo de suas disposições significa conhecer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e conhecer as argumentações esgrimidas pelos principais personagens do Tribunal: seus ministros.

Nesse quadro, atual e relevante, com absoluta razão, a advertência formulada por Lênio Luiz Streck contida no capítulo 6 de sua referida obra:³²

*UMA ADVERTÊNCIA: CONTROLAR AS
DECISÕES JUDICIAIS É UMA QUESTÃO
DE DEMOCRACIA, O QUE NÃO IMPLICA
“PROIBIÇÃO DE INTERPRETAR”...!*

Com efeito, haja vista o indiscutível papel político desenvolvido pelo Poder Judiciário, especialmente o protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, conhecer a sua jurisprudência e controlar a consistência argumentativa e a coerência normativa de suas decisões e manifestações é fatalidade inescapável de todos nós que prezamos conviver em um Estado que se quer e que se diz Democrático e de Direito.

³¹ Op. cit., p. 421-430.

³² Op. cit., p. 87.

4 **A RELEVÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPORTÂNCIA DE SUA JURISPRUDÊNCIA**

Como aludido, é cediço que a adequada compreensão de todo e qualquer enunciado constitucional pressupõe o conhecimento e a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois é a decisão do STF a norma definitiva sobre a controvérsia constitucional.

Nada obstante, convém lembrar que as prescrições normativas estão irmanadas e devem ser compreendidas em conjunto, pois, na linha do preconizado por Eros Grau,³³ não se interpreta o Direito em tiras, pois se interpreta todo o Direito como um todo; daí que deve o Tribunal, no momento da decisão, considerar, além das palavras contidas nos textos normativos, as circunstâncias fáticas e os valores socialmente institucionalizados.

O Tribunal não pode esquecer o insuplantável magistério doutrinário de Miguel Reale³⁴ com a sua “Teoria Tridimensional do Direito”: **fato, valor e norma**. Tenho ousado dizer que, além dos referidos três aspectos do fenômeno jurídico (fato, valor e norma), deve-se levar em consideração um quarto aspecto: as idiosincrasias do intérprete/julgador. Ou seja, os prismas individuais do magistrado: a sua ciência, a sua experiência e a sua consciência. Logo, para mim, o fenômeno jurídico é tetradimensional: as circunstâncias fáticas, os textos normativos, os valores sociais e as idiosincrasias subjetivas (ou prismas individuais).³⁵ Se assim não fosse, como justificar a multiplicidade de interpretações (e soluções) que se atribuem ao mesmo fenômeno (problema) normativo?

Nada obstante a diversidade de interpretações (e compreensões), faz-se imperioso definir o alcance normativo e o sentido válido das prescrições constitucionais. Essa definição e alcance são estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “Guarda da Constituição”, cuja missão precípua é a de garantir a supremacia normativa da Constituição e defender os direitos fundamentais da pessoa humana.

Mas, quem são os guardiões da Constituição brasileira? No regime democrático, em situação de absoluta normalidade institucional, a guarda e a defesa

³³ **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44.

³⁴ **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, Título X, p. 497-617.

³⁵ ALVES JR., Luís Carlos Martins. **Direitos constitucionais fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010, p. 93-94.

do texto constitucional competem aos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, *caput*, CF).

Nos termos da Constituição, o ministro deve ser brasileiro nato, com mais de 35 anos de idade, de notável saber jurídico e de reputação ilibada. Ele é aposentado compulsoriamente aos 70 anos. Sua escolha é feita pelo Presidente da República. Sua nomeação depende de aprovação da maioria absoluta dos Senadores da República (art. 101, CF).

Qualquer brasileiro nato com mais de 35 anos pode ser ministro do STF? Não. Não é qualquer um que pode ser alçado às elevadas funções de ministro da Corte. Tem de ser possuidor de notável saber jurídico e de reputação ilibada. A razão de ser desses requisitos consiste na missão que se lhe destina: palavra definitiva do que seja a Constituição. É uma missão por demais honrosa e de grave impacto tanto nas relações sociais quanto nas institucionais dos brasileiros e do Brasil.³⁶

No pertinente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vale ressaltar que a sua importância não se dá apenas no aspecto normativo, enquanto decisão definitiva em matéria constitucional, mas tem caráter pedagógico e sim-

³⁶ O atual modelo de escolha de ministro do STF parece-me não ser o mais indicado, sem embargo da história de sucesso da Corte. O STF há de ser o coroamento de uma carreira dedicada ao Direito, e não o seu ponto de partida. Em vez de 35 anos de idade, deveriam ser 35 anos de experiência jurídica, seja como “prático” (magistrado, promotor, procurador, defensor, advogado...) seja como “catedrático” (professor, consultor, pesquisador...). A comprovação do notável saber jurídico adviria justamente dessa longa experiência e dos trabalhos jurídicos (petições, pareceres, decisões, artigos, livros, teses...) apresentados nesse longo período, e não apenas de eventuais cargos que tenham sido ocupados pelos postulantes. Ministro do STF tem de chegar pronto na Corte. O STF não é lugar de quem esteja aprendendo Direito, é lugar de quem já sabe – e muito – Direito. Também entendo que em vez de ser vitalício, o cargo deveria ser temporário, com mandato de 8 anos. Também defendo que o quórum de aprovação deveria ser de 2/3 dos membros (senadores) do Senado da República, de sorte a exigir que seja indicado um nome respeitável e de consenso junto à classe política e junto à sociedade. A Ordem dos Advogados do Brasil, a Procuradoria-Geral da República e o Conselho da República deveriam opinar sobre o nome do indicado para essa alta função. Supremo é Supremo. É lugar de gente séria e respeitável, seja no aspecto moral, seja no aspecto jurídico-intelectual. Insisto e faço trocadilho: Supremo é a coroação suprema de uma carreira jurídica admirável. Ministro do STF tem de ser admirado pelo seu saber e pelo seu caráter. O mesmo se aplica para os outros Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE). E na mesma toada para os demais Tribunais brasileiros (TJs, TRFs, TRTs, TREs...). Assim, para ser ministro do STF o postulante deveria ter pelo menos 35 anos de experiência jurídica. Para ser ministro de Tribunal Superior o postulante deveria ter pelo menos 30 anos de experiência jurídica. Para os Tribunais de segunda instância (TJs, TRFs, TRTs, TREs...) no mínimo 25 anos de experiência jurídica. E para ser magistrado de primeiro grau, cujo ingresso se dá mediante difícil e concorrido concurso público de provas e de títulos, o postulante deveria ter pelo menos 10 anos de experiência jurídica, pois o exercício da magistratura pressupõe seriedade moral, sensibilidade social e alto conhecimento jurídico. Ser magistrado não para quem quer, é para quem pode. Magistratura, mais do que uma carreira, é uma vocação.

bólico, pois, a partir das decisões do STF, tanto o Poder Público quanto os indivíduos e as instituições podem criar justas expectativas comportamentais acerca do real sentido das normas constitucionais. É possível “calcular” com razoável grau de certeza e segurança as escolhas normativas que devem ser feitas.

Também tem caráter simbólico a jurisprudência da Corte para revelar os valores ideológicos que estão contidos nas decisões e que plasmam o ordenamento jurídico a servir de vetor compreensivo de todos quantos vivenciam o Direito brasileiro. O STF, ao julgar uma controvérsia, não decide apenas um caso posto ao seu crivo, mas indica a direção normativa que devem seguir os indivíduos (e as autoridades) e as instituições (públicas ou particulares).

Mas como deve julgar o STF? Em rigorosa obediência ao texto constitucional. Os ministros devem se pautar pelo respeito à Constituição. O ministro está no Tribunal para fazer valer a força normativa da Constituição e não para impor as suas idiossincrasias ou ideologias particulares. O ministro é escravo da Constituição.

Como verificar se os ministros do STF estão cumprindo com a tarefa de guardar a Constituição? Acompanhando as suas decisões e as suas manifestações. Verificando a coerência narrativa e argumentativa. Estudando os precedentes individuais e coletivos da Corte. Descobrimo as razões implícitas e explícitas contidas nas manifestações e votos proferidos.

O único controle possível é o da coerência normativa. Cuide-se que o ato de criação do direito é eminentemente político. O ato de decisão também o é. O político não necessita de ser coerente, pois para sobreviver politicamente ele deve se adaptar às circunstâncias e às oportunidades eleitorais. O magistrado não deve se curvar aos interesses circunstanciais da política. O magistrado deve se submeter ao ordenamento jurídico.

O político deve tomar suas decisões pautadas nos interesses de seus eleitores. O magistrado deve decidir sem receio de contrariar os eleitores ou grupos poderosos. O magistrado deve decidir em conformidade com o Direito e de acordo com a sua consciência jurídica, mesmo que venha a desagradar setores socialmente relevantes.

O político deve se comprometer com os interesses da maioria que o elegeu. A sobrevivência eleitoral do político pressupõe agradar, nem que seja na

aparência, o seu eleitorado. O magistrado deve se comprometer com a busca da verdade. O político deve servir às maiorias. O magistrado deve ser o refúgio das minorias. Os regimes políticos democráticos não de ser o governo das maiorias, mas sem prejuízo ou menoscabo dos direitos das minorias, como preconizava Hans Kelsen.³⁷

Democracia constitucional é prevalência da maioria, mas de acordo com a “Lei”, sem aniquilamento das minorias. Só há Estado Democrático de Direito onde houver convivência entre grupos majoritários e grupos minoritários. Democracia é convivência no dissenso. É consenso construído. Não é consenso imposto. É dissenso consensual, por mais paradoxal que isso possa ser.

Direito na democracia implica o respeito pelo outro, sobretudo se o outro for diferente quanto à condição econômica, étnica, racial, cor, sexo ou à orientação sexual, credos e crenças religiosas. A democracia, para ser verdadeiramente democrática, tem de ser pluralista, como ensinava Norberto Bobbio.³⁸

Na democracia, a força serve ao direito. O direito é de quem possui os melhores argumentos, de quem está com a razão e com a “verdade” possível e alcançável. No jogo verdadeiramente democrático, as “cartas” não devem estar previamente marcadas. Em síntese, na democracia constitucional, o papel da “justiça constitucional” é o de garantir a idoneidade do jogo democrático, viabilizando o governo da maioria e permitindo o respeito às minorias. Essa missão da “corte constitucional” decorre do aspecto “dual” do regime democrático constitucional. De um lado, a vontade vencedora da maioria política. De outro lado, os direitos dos grupos minoritários, como tem acentuado Bruce Ackerman.³⁹

Na democracia constitucional, o STF deve defender a coletividade e o indivíduo protegendo a Constituição, mesmo que decida em contrariedade a setores influentes da sociedade e da opinião pública. Para garantir a democracia, o Tribunal tem de ter a coragem de ser contramajoritário, e isso não quer dizer antidemocrático.

³⁷ **A democracia.** Trad. Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 67-78.

³⁸ **O futuro da democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 72-76).

³⁹ **Nós, o povo soberano** – fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3-45.

A única preocupação do Tribunal deve ser a de cumprir a Constituição e garantir o seu respeito, sobretudo em face daqueles que são acostumados a ignorá-la, pois, na experiência jurídica brasileira, infelizmente, a Lei não intimida os poderosos. Desgraçadamente, neste País, cumprir ou temer a Lei é coisa de “pobre”, de “preto”, de “prostituta” ou de “pateta” (ou “otário”). É uma lástima!

Nada obstante as dificuldades sociais, culturais, políticas e normativas para a concretização das promessas constitucionais, a experiência do STF tem dado sinais de que seja possível vislumbrar uma mudança na mentalidade cultural e nas práticas sociais brasileiras, mesmo que ainda seja tímida.

É isso que se espera dos ministros do STF: que julguem as causas em conformidade com o ordenamento jurídico, obedecendo à Constituição, às “leis internacionais”, às leis nacionais e aos precedentes judiciais, em obséquio ao Estado Democrático de Direito e de acordo com o devido, porque razoável, processo legal.

5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A relevância normativa do princípio do “devido processo legal” faz dele, segundo Nelson Nery Júnior, a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam.⁴⁰ Diz mais o ilustrado processualista:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Em precioso livro sobre o princípio do “devido processo legal substantivo”, Ruitemberg Nunes Pereira⁴¹ quebra a tradição doutrinária brasileira para defender a tese de que as raízes do “devido processo legal” não se encontram na *Magna Carta* inglesa de 1215, mas nas “leis” germânicas no período da “Alta Idade Média”, especificamente o Decreto de 1037, expedido pelo imperador Conrado II, do Sacro Império Romano Germânico.

⁴⁰ **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 32.

⁴¹ **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17.

Segundo Ruitemberg Nunes Pereira,⁴² nesse aludido Decreto de 1037, o imperador Conrado II determinava: “[...] que nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (mesne lord), senão pelas leis do Império (*laws of empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgment of his peers*)”.

Com efeito, diante desse aludido texto, é forçoso convir que o enunciado estampado no capítulo 39 da Magna Carta de 1215 lhe guarda imensa similitude. Eis a tradução de Paulo Fernando Silveira:⁴³

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

Do medieval direito inglês, cuja fonte, na linha do citado magistério de Ruitemberg Nunes Pereira foi o medieval direito germânico, essa cláusula vicejou nos Estados Unidos da América onde se estampou no *Bill of Rights* de 1791 (Emendas Constitucionais I a X da Constituição norte-americana de 1787). Colho do opúsculo de Saul K. Padover⁴⁴ o seguinte sentido vernacular à Emenda V:

Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, da liberdade ou propriedade sem processo legal regular (due process of law); a propriedade não será desapropriada para uso público sem justa indenização.

A experiência jurídica norte-americana construiu uma sólida compreensão dessa cláusula constitucional que influenciou sobremaneira o direito constitucional brasileiro, especialmente no concernente ao intitulado “devido processo legal substantivo”, cuja principal finalidade consistia no controle da proporção

⁴² Op. cit., p. 20.

⁴³ **Devido processo legal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 19.

⁴⁴ **A Constituição viva dos Estados Unidos.** Trad. A. Della Nina. São Paulo: IBRASA, 1987, p. 73.

nalidade e da razoabilidade das leis, como pontificado por Carlos Roberto de Siqueira Castro.⁴⁵

Nessa perspectiva, convém diferenciar o “devido processo legal processual” do “devido processo legal substantivo”, pois a dinâmica da jurisprudência do STF tem enfrentado essa questão de modo distinto.

Com efeito, na prática judicial do STF, o tema do “devido processo legal processual” tem sido objeto de uma jurisprudência defensiva da Corte no sentido de não apreciar a questão sob o fundamento de que a eventual inconstitucionalidade seria indireta ou reflexa, pois demandaria a análise do conteúdo das

⁴⁵ **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.

normas infraconstitucionais, o que seria inviável nas estreitas vias do contencioso constitucional.⁴⁶

⁴⁶ A comprovar, tenha-se:

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo n. 636.925, Relator Ministro Ayres Britto, DJe n. 68, de 8.4.2011:

DECISÃO: vistos, etc.

O recurso não merece acolhida. É que a controvérsia sob exame não transborda os limites do âmbito infraconstitucional. Logo, inviável o apelo extremo, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

De mais a mais, a alegada ofensa às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa apenas ocorreria de modo reflexo ou indireto. No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os Ais 517.643-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 273.604-AgR, da relatoria do ministro Moreira Alves.

AI - Agravo de Instrumento n. 754.281, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe n. 76, de 26.4.2011:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO E DA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTADO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

7. Ressalte-se, ao final, que este Supremo Tribunal assentou que a alegação de contrariedade ao princípio da legalidade e a verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou, ainda, aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, se dependentes de análise prévia da legislação infraconstitucional, configurariam apenas ofensa constitucional indireta.

Nesse sentido:[...] (AI 816.034-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 23.2.2011 – grifei).

AI – Agravo de Instrumento n. 812.345, Relator Ministro Celso de Mello, DJe n. 74, de 19.4.2011:

DECISÃO: A decisão de que se recorre negou trânsito a apelo extremo, no qual a parte ora agravante sustenta que o Tribunal “a quo” teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.

O exame da presente causa evidencia que o recurso extraordinário não se revela viável.

É que o acórdão recorrido decidiu a controvérsia à luz dos fatos e das provas existentes nos autos, circunstância esta que obsta o próprio conhecimento do apelo extremo, em face do que se contém na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, esta Suprema Corte tem reiteradamente enfatizado que, em princípio, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, do devido processo legal, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição (RTJ 147/251 – RTJ 159/328 – RTJ 161/284 – RTJ 170/627-628 – AI 126.187-AgR/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 153.310-AgR/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – AI 185.669-AgR/RJ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – AI 192.995-AgR/PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 257.310-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 254.948/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

Essa é a “pedra de toque” da jurisprudência do STF acerca do alcance normativo do “devido processo legal processual”. A Corte tem uma jurisprudência defensiva e praticamente não conhece dos feitos que se fundamentam em violação ao devido processo legal, se acaso essa violação for de caráter procedimental ou formal. O argumento esgrimido pela Corte, a meu sentir, é frágil e esvazia o conteúdo normativo da proteção constitucional do “devido processo legal processual”.⁴⁷

No julgamento do **RE 560.477**, que visitou o tema da exclusão de contribuintes do REFIS, o relator originário do feito, Ministro Marco Aurélio, entendeu que a exclusão do programa, sem prévia notificação ou sem oportunizar contraditório e ampla defesa, violava o devido processo legal administrativo.

A dissidência foi inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que se tornou o redator do acórdão, no sentido de que a controvérsia tinha caráter infraconstitucional, por versar questão relativa à aplicação da Lei 9.964/2000.

O Ministro Menezes Direito acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio e assinalou importante – e certa – manifestação:

Mas como disse, Senhor Presidente, Vossa Excelência, a meu sentir, pôs corretamente que o que se está examinando é apenas a violação do artigo 5º no que diz respeito ao devido processo legal, ou seja, o contraditório e a ampla defesa.

E aí pouco importa, pelo menos na minha compreensão, que o tema esteja numa legislação infraconstitucional, porque o princípio é constitucional. Então, se existe uma legislação infraconstitucional que atenta contra esse princípio, evidentemente que nós temos de examiná-la primeiro para saber se ele foi ou não foi violado. Se foi violado, é o caso,

⁴⁷ No entanto, essa orientação tem vingado no Tribunal. Tenha-se o julgamento do Recurso Extraordinário n. 560.477 (Redator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, J. 4.11.2008, DJe 71, de 23.4.2010), que visitou o tema da exclusão do programa tributário do “REFIS”. Eis a ementa de acórdão desse julgado:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REFIS. LEI 9.964/2000. FACULDADE DO CONTRIBUINTE. EXCLUSÃO DO PROGRAMA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - Questão decidida com base na legislação infraconstitucional (Lei 9.964/2000). Eventual ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, LV, da Constituição configura, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. III - Recurso não conhecido.

como Vossa Excelência pôs, a meu sentir, reitero, com a devida vênia dos que possam entender em sentido *contrário, corretamente, porque existe, sim, viabilidade de conhecimento para que se apure se esse princípio foi ou não violado.*

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski sob o fundamento de que houve o respeito ao devido processo legal da “Lei do REFIS”.

O Ministro Marco Aurélio chegou a questionar à Ministra Cármen Lúcia se ela não entendia que a notificação de exclusão, sem prévio contraditório e defesa, não violava o devido processo legal, no que ela respondeu que não, porque o procedimento estabelecido na lei foi respeitado.

O último a votar foi o Ministro Ayres Britto, uma das vozes mais liberais da Corte. Todavia, em sua manifestação assinalou:

Estou entendendo também, Senhor Presidente, que neste caso – como em quase todos os casos – o tamanho do devido processo legal se mede com a trena da lei que o institua.

Vou repetir: tamanho do devido processo legal se mede com a trena da lei que o institua.

O Ministro Marco Aurélio apelou para o direito natural, alegando que o cidadão tem esse direito a ser ouvido para ter afastada uma situação jurídica formalizada. Nada obstante os apelos do Ministro Marco Aurélio e a adesão do Ministro Menezes Direito, a Turma entendeu que não houve violação direta ao princípio constitucional do devido processo legal e não conheceu do recurso do contribuinte.

No caso específico do “REFIS”, o Plenário do Tribunal rejeitou, em questão de ordem, o reconhecimento de repercussão geral da controvérsia sob o mesmo fundamento de cuidar-se de matéria infraconstitucional, nos autos do **Recurso Extraordinário n. 611.230**.⁴⁸

⁴⁸ **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611.230.** Relatora Ministra Ellen Gracie, J. 13.8.2010, DJe. N. 159, de 27.8.2010. Eis a ementa do acórdão:

NOTIFICAÇÃO PESSOAL PARA EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS. POSSIBILIDADE DA INTIMAÇÃO POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL E DA INTERNET. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Essa orientação da Corte frustrou as expectativas dos contribuintes que julgavam que seria aplicado o entendimento consagrado nas “razões de decidir” dos acórdãos que resultaram na edição da **Súmula Vinculante n. 21** (*É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo*).⁴⁹

No julgamento do **RE 388.359**, que estabeleceu essa nova orientação da Corte, sumulada de modo vinculante, o único voto dissidente foi proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, outra voz liberal do Tribunal, fiel às manifestações anteriores no sentido de que não há a garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição, seja a administrativa, seja a judicial. Ou seja, segundo o Tribunal, nada obstante a previsibilidade legal da exigência de depósito prévio ou de arrolamento de bens, essa exigência se revelaria violadora do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Com esteio nesse aludido precedente, havia uma justa e razoável expectativa de que o Tribunal também julgaria inconstitucional a exclusão do REFIS sem o prévio contraditório e ampla defesa, por violação ao devido processo legal.

Pois bem, se no plano estritamente procedimental a jurisprudência da Corte é defensiva na aplicação da cláusula constitucional do “devido processo legal”, salvo em situações excepcionalíssimas como a que resultou na edição da **SV 21**, no âmbito da substância, outro tem sido o caminho palmilhado pelo Tribunal, dando um robusto elastério à referida cláusula, com o reconhecimento do “devido processo legal substantivo”.

É com estribo nesse postulado do “devido processo legal substantivo” que o Tribunal tem apreciado a proporcionalidade e a razoabilidade de todos os provimentos normativos submetidos ao seu crivo, sejam emendas constitucio-

⁴⁹ Com efeito, nos julgamentos do Recurso Extraordinário n. 388.359 (Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, J. 28.3.2007, DJ 22.6.2007) e do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.976 (Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 28.3.2007, DJ 18.5.2007), o Tribunal superou a jurisprudência estabelecida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.049 (Relator Ministro Carlos Velloso, Plenário, J. 18.5.1995, DJ 25.8.1995), na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.922 (Relator Ministro Moreira Alves, Plenário, J. 6.10.1999, DJ. 24.11.2000) e na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.976 (Relator Ministro Moreira Alves, Plenário, J. 6.10.1999, DJ. 24.11.2000) e no Recurso Extraordinário n. 210.246 (Redator Ministro Nelson Jobim, Plenário, J. 12.11.1997, DJ. 17.3.2000), e entendeu como violador do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a necessidade caução prévia para o exercício de defesa na esfera administrativa.

nais, tratados internacionais, leis (federais, estaduais ou municipais), medidas provisórias, atos administrativos, regulamentos privados ou decisões judiciais. Ou seja, toda e qualquer norma jurídica poderá ter sindicada a sua validade constitucional se acusada de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (ou do devido processo legal substantivo).

De efeito, se se ativer somente aos princípios e direitos fundamentais, pode-se estabelecer um critério interpretativo, tanto em relação ao conceito do que sejam os direitos fundamentais quanto ao modo de compreendê-los.

Por direitos fundamentais, entendo que seja o conjunto de enunciados normativos (regras, princípios e postulados) que devem regular a vida e a liberdade das pessoas, e que devem viabilizar com igualdade de condições e oportunidades, de acordo com as necessidades e possibilidades individuais e coletivas, a todos - e a cada um - dignidade na mútua convivência, com os devidos, decentes, necessários, recíprocos respeito e consideração.

Alicerçado nessa concepção de direitos fundamentais, entendo, por conseguinte, que todo e qualquer sacrifício (ou restrição) de direito fundamental deverá ser razoável e proporcional (compatível, aceitável, necessário e adequado), a revelar a prudência e o bom senso do intérprete (aplicador), segundo as circunstâncias fáticas, os enunciados prescritivos, os paradigmas coletivos e os prismas individuais, na solução do caso concreto.

Esse, a meu sentir, é o fio-condutor para uma adequada compreensão (e aplicação) dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Penso que, para uma adequada verificação de eventual desrespeito ao “devido processo legal substantivo”, consubstanciado nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, devem ser considerados os aludidos critérios.

No STF, um dos ministros mais entusiasmados com o princípio do “devido processo legal”, seja na vertente processual seja na material ou substantiva é o

Ministro Celso de Mello, como se percebe em passagens de acórdãos ou decisões de sua relatoria.⁵⁰ Na mesma toada, seguem os demais ministros da Corte,

⁵⁰ *Ação Cível Originária n. 1.534 (Plenário, J. 17.3.2011, Dje n. 88, de 11.4.2011):*

(...)

- A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “due process of law”, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes.

(...) Com grifos no original.

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.407 (Plenário, J. 7.3.1996, DJ 24.11.2000):

(...)

VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Com grifos no original.

Recurso Extraordinário n. 529.154 (DJ 16.8.2007):

EMENTA: SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO.

INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO “SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW”. IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - “NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE”. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(...)

em sede de “devido processo legal substantivo” (ou *substantive due process of law*).⁵¹

O Tribunal tem afastado o uso de “sanções políticas” como instrumento de cobrança de tributos por entender violado o princípio do devido processo legal substantivo.⁵²

Discussão semelhante está ocorrendo na Corte nos autos do **Recurso Extraordinário n. 550.769 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.952**, ambos sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Nesses aludidos feitos, questiona-se a validade constitucional do “regime especial de IPI das empresas tabagistas” regulado pelo Decreto-Lei n. 1.593/1977.⁵³

⁵¹ Tenha-se parcela de ementa de acórdão nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 173** (Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 26.9.2008, DJ 20.3.2009):

(...)

3. *Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.*

É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.

[...]

⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 413.782**, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, J. 17.3.2005, DJ 3.6.2005).

⁵³ Eis o dispositivo atacado:

Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I - desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

III - prática de conluio ou fraude, como definidos na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ou de crime contra a ordem tributária previsto na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou de qualquer outra infração cuja tipificação decorra do descumprimento de normas reguladoras da produção, importação e comercialização de cigarros e outros derivados de tabaco, após decisão transitada em julgado.

§ 5º Do ato que cancelar o registro especial caberá recurso ao Secretário da Receita Federal, sem efeito suspensivo, dentro de trinta dias, contados da data de sua publicação, sendo definitiva a decisão na esfera administrativa.

As teses no sentido da invalidade do citado “regime especial” sustentam a violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da vedação de sanções políticas, da livre iniciativa, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Oficiando na qualidade de procurador da Fazenda Nacional, apresentei parecer cuja ementa tem o subseqüente teor:

Constitucional. Tributário. IPI. Regime Especial. Decreto -Lei n. 1.593/1977.

Devido processo legal substantivo respeitado.

Indústria tabagista. Atividade econômica tolerada pelo Estado.

Razoabilidade e proporcionalidade das restrições legais inquiradas.

Ponderação de interesses. Saúde pública. Defesa do consumidor. Liberdade de concorrência.

A livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna.

Todas as normas e medidas jurídicas para controlar com rigor e austeridade a produção de cigarros são constitucionalmente válidas, politicamente legítimas, moralmente aceitáveis e socialmente desejáveis.⁵⁴

O julgamento dos mencionados feitos já se iniciou. No referido **RE 550.769**, o Relator Ministro Joaquim Barbosa votou pelo desprovemento do recurso, por entender que, no caso concreto, não se vislumbrava a alegada inconstitucionalidade. Após o seu voto, pediu vista do feito o Ministro Ricardo Lewandowski. No julgamento da **ADIN 3952**, o Relator Ministro Joaquim Barbosa votou pela procedência parcial do pedido. Após o seu voto, pediu vista a Ministra Cármen Lúcia.⁵⁵

Se a Corte vier a decretar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, estará assemelhando as situações às mesmas hipóteses dos precedentes relativos às “sanções políticas”. Se acaso o Tribunal julgar válido o conjunto normativo,

⁵⁴ ALVES JR., Luís Carlos Martins. IPI – Regime Especial Relativo às Empresas Fabricantes de Cigarros. Parecer. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 169, p. 169-180, São Paulo: Dialética, outubro de 2009, p. 169-180.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência** ns. 505 e 605.

estará fazendo uma delicada e relevante distinção no sentido de que a finalidade precípua do regime especial não é a cobrança do tributo, mas a regularidade da atividade econômica.

Nada obstante tenha oficiado no sentido da validade constitucional das normas jurídicas impugnadas, parece-me aceitável eventual decisão em sentido contrário.

Nessa perspectiva, à luz do que foi exposto, é de ver que a jurisprudência da Corte, em sede de “devido processo legal processual”, é defensiva e praticamente não conhece das controvérsias que lhe são submetidas sob o fundamento de cuidar-se de matéria infraconstitucional.

Já em sede de “devido processo legal substantivo”, o Tribunal avançar no conhecimento das causas e verificar se as normas jurídicas estão em conformidade com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (compatibilidade, aceitabilidade, necessidade e adequação).

Finalizo este tópico recordando o já citado Nelson Nery Júnior:⁵⁶

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula procedural *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despididos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

Como aludido no referido magistério doutrinário, os temas do “contraditório”, da “ampla defesa” e das “provas ilícitas”, indiscutíveis derivações do “devido processo legal”, também têm sido objeto de apreciação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois a tradição autoritária do direito brasileiro pres-

⁵⁶ Op. cit., p. 42.

supõe a explicitação de garantias fundamentais. Não são prescrições meramente expletivas, mas dispositivos pães de forte conteúdo normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A meu sentir, o STF, no tocante ao “devido processo legal processual”, tem se esquivado de julgar as controvérsias, sob a justificativa de cuidar-se de tema de índole infraconstitucional. Mas no que toca ao “devido processo legal substantivo”, o Tribunal tem procurado atuar estrita obediência à Constituição, inquinando de inválidas as normas desproporcionais ou desarrazoadas, ou seja, incompatíveis, desnecessárias, inadequadas e inaceitáveis.

De efeito, nos regimes constitucionais democráticos, como o nosso pretende ser, devem os juízes (de quaisquer instâncias) julgar as causas segundo o ordenamento jurídico (Constituição, Leis nacionais, “Leis” internacionais, precedentes e costumes), de modo a garantir a correta punição dos culpados e a devida absolvição dos inocentes, pois a Justiça está no rigoroso e imparcial cumprimento da “Lei”, temperada, de acordo com as circunstâncias do caso, com a equidade (bom senso e prudência).

E, para finalizar, relembro clássica passagem de Pimenta Bueno,⁵⁷ nosso constitucionalista canônico, escrita no ano de 1857, mas de extrema atualidade para os dias que vivenciamos:

Por isso mesmo que a sociedade deve possuir e exigir uma administração da justiça protetora, fácil, pronta e imparcial; por isso mesmo que este poder exerce preponderante influência sobre a ordem pública e destinos sociais, influência que se estende sobre todas as classes, que se exerce diariamente sobre a honra, liberdade, fortuna e vida dos cidadãos; por isso mesmo, dizemos, é óbvio que nem a constituição nem as leis orgânicas deveriam jamais olvidar-se das condições essenciais para que ele ministre todas as garantias, para que possa desempenhar sua alta missão, e ao mesmo tempo não possa abusar sem recursos ou impunemente.

⁵⁷ **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 321.

A constituição especial do poder judiciário é um objeto digno de toda a atenção nacional; e felizmente a nossa lei fundamental firmou e bem, as bases, as mais importantes.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Paulo Campanha Santana¹

Resumo

O Constitucionalismo surgiu como técnica de limitar o poder estatal. A Constituição apresenta-se como um conjunto de regras e princípios, sendo o elemento regulativo do sistema político. Ela apresenta diversos elementos, dentre eles, o limitativo, que trata das normas dos direitos e garantias fundamentais. Ocorre que, diversas teorias procuram explicar a aplicação desses direitos nas relações privadas, ou seja, a sua eficácia horizontal. Para tanto, este trabalho apresentará um estudo detalhado sobre essas teorias de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: Constituição. Direitos fundamentais. Eficácia nas relações privadas.

INTRODUÇÃO

A origem do Constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos e da França, tendo o constitucionalismo moderno surgido a partir da Revolução Francesa, em 1789, buscando limitar a arbitrariedade do governo, além de garantir os direitos individuais.

Com isso, a Constituição Política do Estado tem papel fundamental, pois designa o conjunto de regras e princípios, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo, sendo o objeto do Direito Constitucional.

¹ Professor de Graduação e Pós-graduação em Direito. Graduado em Direito e em Ciências Militares, pós-graduado em Língua Portuguesa, em Direito Público e em Direito Tributário, e Mestre em Operações Militares. Pós-graduando em Educação a distância e Mestrando em Direito e Políticas Públicas.

As Constituições podem ser classificadas de diversos modos, tendo a Constituição Federal de 1988 sua própria classificação. Destaca-se que esta Carta Fundamental está dividida em títulos, capítulos e seções, originando os denominados “elementos das constituições”. Esses elementos estão divididos em cinco categorias, dentre as quais, os limitativos, que tratam das normas dos direitos e garantias fundamentais, que são os direitos individuais e suas garantias, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos democráticos.

O presente artigo, assim, procurará apresentar um estudo detalhado sobre o tema, apresentando decisões do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se a importância do assunto, pois a aplicação ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas não tem entendimento uniforme, existindo diversas teorias a respeito.

1 CONSTITUCIONALISMO, DIREITO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO

1.1 CONSTITUCIONALISMO

A origem do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, tendo como característica a organização do Estado e a limitação do poder.²

Para Canotilho,³ constitucionalismo é uma teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade, representando, modernamente, uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Defende o autor que existem vários constitucionalismos (inglês, americano e francês), daí preferir falar em “movimentos constitucionais”.⁴

² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 01.

³ Apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 04.

⁴ *Ibidem*, p. 03.

Canotilho estabelece também que existem apenas dois grandes movimentos constitucionais, o antigo e o moderno, sendo este último o movimento político, social e cultural, a partir do século XVIII.⁵

Com isso, pode-se concluir que o constitucionalismo moderno buscou limitar a arbitrariedade do governo, bem como garantir os direitos individuais.

1.2 DIREITO CONSTITUCIONAL

O Direito é fenômeno histórico-cultural, sendo um sistema normativo; e o Direito Constitucional pertence ao setor do Direito Público, configurando-se como Direito Público Fundamental.⁶ Segundo Maurice Hauriou,⁷ o Direito Constitucional tem por objeto a constituição política do Estado.

Cabe ao Direito Constitucional o estudo sistemático das normas que integram a constituição do Estado. Como afirma Silva, há de ser forçosamente um conhecimento sistematizado sobre determinado objeto, constituindo as normas relativas à estrutura do Estado, forma de governo, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias, dentre outros.⁸ Da mesma forma, para Alexandre de Moraes,⁹ o Direito Constitucional é ramo do Direito Público, tendo como objeto a constituição política do Estado, no sentido de estabelecer sua estrutura, modo de aquisição e limitação de poder, prevendo diversos direitos e garantias fundamentais.

1.3 CONSTITUIÇÃO

1.3.1 Conceito

Constituição deriva do latim *constitutio*, de *constituere* (constituir, construir, formar, organizar) e possui, em sentido geral, a sinonímia de compleição ou de composição, o que dá a ideia de um todo formado ou construído, com os elementos fundamentais à sua finalidade.¹⁰

⁵ Idem, p. 04.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33-34.

⁷ Apud José Afonso da Silva. p. 34.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 01.

¹⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 357.

Plácido e Silva ressalta que, no sentido público, a Constituição tem significação mais elevada, designando o conjunto de regras e preceitos, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo.¹¹

Gilmar Ferreira Mendes¹² adverte, tal como Konrad Hesse, que em termos de conceito e peculiaridade da Constituição, a teoria do Direito Constitucional ainda está engatinhando, sem ter chegado sequer a uma opinião dominante.

1.3.2 Concepções

A noção de constituição estatal não expressa senão uma ideia parcial do seu conceito, uma vez que a toma como algo desvinculado da realidade social. Ela deve ser concebida como uma estrutura normativa, que envolve um conjunto de valores.¹³

No sentido sociológico, segundo Ferdinand Lassale,¹⁴ a Constituição é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem o país, sendo esta a Constituição real e efetiva, e a Constituição escrita nada mais do que uma “folha de papel”.

Já Carl Schmitt¹⁵ empresta às constituições o sentido político, considerando-as como decisão política fundamental – estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais e vida democrática, dentre outros.

Noutro sentido, apresenta-se Hans Kelsen, que entende as constituições apenas no sentido jurídico, consideradas norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão à fundamentação sociológica, política ou filosófica.¹⁶

No sentido culturalista, a Constituição é produto de um fato cultural, produzido pela sociedade e que ela pode influir.¹⁷

¹¹ Idem.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 05.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38-39.

¹⁴ Apud José Afonso da Silva. Idem.

¹⁵ Apud José Afonso da Silva. Idem.

¹⁶ Apud José Afonso da Silva. Idem.

¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

Para Meirelles Teixeira, trata-se de uma formação objetiva de cultura que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais, intervindo não apenas em fatores reais, mas também em espirituais, conduzindo ao conceito de Constituição Total.¹⁸

Há publicistas que destacam a ideia da Constituição aberta, para que ela possa permanecer dentro de seu tempo, evitando risco de desmoronamento da sua força normativa.¹⁹

Canotilho destaca que, dentro da perspectiva de uma constituição aberta, relativiza-se a função material de tarefa da constituição e justifica-se a “desconstitucionalização” de elementos substantivadores da ordem constitucional.²⁰

Para Konrad Hesse,²¹ Constituição dever ser entendida como a ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais.

E esta Lei Fundamental fixa os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e desenvolver as tarefas estatais; define os procedimentos para a solução dos conflitos no interior da comunidade; disciplina a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal; e cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica global.²²

Essas são apenas algumas concepções da Constituição, tendo ainda a de Luhmann, que entende que a Constituição é o elemento regulativo do sistema político, dentre outros.²³

1.3.3 Classificação

A Constituição pode ser classificada de diversos modos, seja quanto à forma, ao conteúdo, ao modo de elaboração, à origem, à extensão e à estabilidade.

Quanto à forma, ela pode ser escrita e não escrita. A primeira, caracterizando-se por ser um conjunto de regras sistematizadas em um único documen-

¹⁸ Apud Pedro Lenza. *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Apud Pedro Lenza. *Idem*.

²¹ Apud Gilmar Mendes Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

to. Já a segunda, conhecida também como costumeira ou consuetudinária, não está codificada em um único documento, baseando-se nos usos, nos costumes e nas jurisprudências.

Quanto ao conteúdo, ela se classifica em formal e material. Nesta, a Constituição contém apenas normas constitucionais, como a organização de seus órgãos e os direitos e garantias fundamentais. Naquela, o conteúdo não é apenas de normas materialmente constitucionais.

Em relação ao modo de elaboração, ela se divide em dogmática e histórica, sendo que estas se formam ao longo do tempo, e aquelas elaboradas, tendo como base determinados credos.

No que se refere à origem, ela pode ser promulgada e outorgada. As promulgadas são oriundas de assembleias constituintes escolhidas pelo povo. Já as outorgadas decorrem do arbítrio dos governantes.

Alexandre de Moraes²⁴ destaca, ainda quanto à origem, as constituições cesaristas, que, a despeito de serem outorgadas, dependem de ratificação popular por meio de referendo.

Ainda, nessa mesma classificação, Uadi Lamêgo Bulos²⁵ apresenta a constituição pactuada, que surge através de um pacto, ou seja, aquela em que o poder constituinte originário se concentra nas mãos de mais de um titular, bastante difundida na Idade Média.

Já Paulo Bonavides²⁶ nos ensina que a pactuada é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais, tendo, de um lado, a realeza absoluta debilitada, e, de outro, a nobreza e a burguesia.

Em relação à extensão, a constituição pode ser analítica ou sintética, sendo esta a que se refere às normas básicas da organização do Estado, e aquela a que procura abordar toda a vida social.

No aspecto estabilidade, ela pode ser rígida, flexível ou semirrígida, sendo a primeira aquela que só é alterada mediante processos mais rígidos que os de

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 05.

²⁵ Apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

²⁶ Apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

formação das leis infraconstitucionais; a segunda a que pode ser alterada livremente pelo legislador; e a semirrígida que tem uma parte rígida e outra flexível.

Pontes de Miranda,²⁷ quanto à estabilidade, apresenta as imutáveis ou, ironicamente, utópicas, que nem sequer cogitam o modo pelo qual se haviam de emendar ou serem revistas, tendo como imperecíveis aos seus princípios e a si mesmas.

Karl Loewenstein²⁸ sugere uma análise ontológica das constituições, classificando-as em normativas, nominais ou semânticas, de acordo com o grau de correspondência com a realidade.

Para esse autor, as normativas são as que dirigem o processo político, as nominais, as que não ordenam as decisões políticas fundamentais, e as semânticas, as que estabilizam e eternizam a intervenção dos dominadores de fato.

Diante dessas classificações, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode ser classificada em promulgada, escrita, analítica, formal, dogmática, rígida e normativa.

1.3.4 Elementos

Para José Afonso da Silva,²⁹ as constituições contemporâneas estão recheadas de normas que incidem sobre matérias de natureza e finalidade mais diversas, sistematizadas num todo unitário e organizadas pela ação do poder constituinte.

Segundo esse autor, essas normas, via de regra, estão agrupadas em títulos, capítulos e seções, dando o caráter polifacético às constituições, originando os “elementos das constituições”.

Esses elementos dividem-se em cinco categorias, quais sejam, orgânicos, limitativos, socioideológicos, de estabilização constitucional e os formais de aplicabilidade.³⁰

²⁷ Apud Gilmar Mendes Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

²⁸ Apud Gilmar Mendes Ferreira et al. *Idem*, p. 17.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-45.

³⁰ *Ibidem*.

Os orgânicos contêm as normas que regulam a estrutura do Estado e do poder, normalmente concentrados nos títulos, v.g., Título III – Da Organização do Estado.

Os limitativos tratam das normas dos direitos e garantias fundamentais, que são os direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos. Como ressalta José Afonso da Silva,³¹ são limitativos, pois limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de direito, v.g., Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, com exceção do seu capítulo II, que trata dos Direitos Sociais.

Já os socioideológicos revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista, v.g., os retrocitados Direitos Sociais e os Títulos VII – Da Ordem Econômica e Financeira – e VIII – Da Ordem Social.

Os elementos de estabilização constitucional, que buscam solucionar os conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas, v.g., os artigos 34 a 36, que dispõem sobre a intervenção federal e o Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

No que tange aos elementos formais de aplicabilidade, têm-se aqueles que estabelecem as regras de aplicação das constituições, v.g., o preâmbulo e as disposições constitucionais transitórias.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior, foi apresentado que o constitucionalismo, a partir da Revolução Francesa, buscou limitar a arbitrariedade do governo, bem como garantir os direitos individuais.

Nesse contexto, têm-se a Constituição e o Direito Constitucional, tendo este último a Constituição Política do Estado como objeto de estudo, onde aquela, segundo a concepção de Konrad Hesse, deve ser entendida como a ordem jurídica fundamental de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais.

³¹ Idem.

Além dos diversos modos que se podem classificar as Constituições, sendo a Constituição Federal brasileira de 1988, quanto à forma considerada escrita, constatou-se que elas são agrupadas em títulos, capítulos e seções, agrupando diversas normas, o que se denominou elementos.

Dentre esses elementos, há os limitativos, nos quais estão inseridas as normas dos direitos e garantias fundamentais, que são os direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos, com exceção dos direitos sociais.

E é justamente sobre esses direitos fundamentais que passaremos a expor.

2.1 DIFERENÇA ENTRE DIREITOS DO HOMEM, HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Inicialmente, cabe apresentar a distinção do que vem a ser direitos naturais, humanos e fundamentais.

Segundo Valério Mazuolli,³² direitos do homem é expressão de cunho mais naturalista que jurídico-positivo, pois são direitos que não se encontram nos textos constitucionais ou nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Entretanto, esse próprio autor entende ser quase impossível ter algum direito que não conste de algum direito escrito.

Já por direitos humanos, Mazuolli³³ discorre que são os direitos inscritos em tratados ou em costumes internacionais, ascendendo ao nível de Direito Internacional Público.

No que se refere aos direitos fundamentais, o autor³⁴ explica que é a expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos, devendo constar em todos os textos constitucionais de proteção, onde destacou o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que afirma que a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

³² MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 479.

³³ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 480.

³⁴ Idem.

2.2 HISTÓRICO

Para Gilmar Ferreira Mendes,³⁵ a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, na qual o cristianismo marcou o impulso para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, e ensejo de uma proteção especial.

Esse autor destaca que, nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas enfatizaram a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado, defendendo que certos direitos preexistiram ao próprio Estado, e que essas ideias influenciaram a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789.³⁶

Já Hildebrando Accioly³⁷ nos ensina que os direitos fundamentais podem ser agrupados em direitos de primeira geração (o Estado tem a obrigação de se abster de atos que possam violar tais direitos), de segunda geração (ênfase nos direitos sociais, econômicos e culturais) e de terceira geração (meio ambiente sadio e direito à paz, dentre outros).

Para Hugo César Hoeschl,³⁸ por sua vez, em “O Conflito e os Direitos da Vida Digital”, já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, surgidas com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética).

Gilmar Mendes Ferreira³⁹ ressalta que os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração.

Por essa razão, Valério Mazzuoli⁴⁰ salienta que alguns autores falam em dimensões de direitos humanos, partindo da ideia de que a expressão “gerações”

³⁵ Apud Gilmar Mendes Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.

³⁶ Idem, p.32

³⁷ ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 462.

³⁸ Apud BECHARA, Marcelo. **A inclusão digital à luz dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo34.htm>> Acesso em: 12 abr. 2009.

³⁹ Apud Gilmar Mendes Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

⁴⁰ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 484.

poderia dar a falsa ideia de que uma categoria de direitos substitui a outra que lhe é anterior.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para Flávia Piovesan,⁴¹ os direitos e garantias fundamentais na Carta de 1988 são um marco jurídico na transição ao regime democrático, que alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo sobre o tema.

Para Ingo Sarlet,⁴² a inovação mais significativa na atual Constituição Federal é o parágrafo 1º do artigo 5º da Carta, que prevê que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Sobre essa aplicabilidade imediata, José Afonso da Silva⁴³ acrescenta que os direitos sociais estão abrangidos, nos termos dos artigos 6º ao 11 da Constituição. Entretanto, ele ressalta que elas são aplicáveis até onde possam, porque os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, e os direitos sociais, de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Cabe destacar que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ingo Sarlet⁴⁴ aponta que o supracitado dispositivo cogita duas espécies de direitos fundamentais: os direitos formal e materialmente fundamentais e os direitos apenas materialmente fundamentais, alertando que a doutrina advoga a existência de uma terceira categoria, que é a dos direitos apenas formalmente fundamentais.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 165.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 80.

2.4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Gilmar Mendes,⁴⁵ os direitos fundamentais apresentam duas dimensões: a subjetiva e a objetiva.

Segundo este autor,⁴⁶ a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde às características de esses direitos ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou na expressão no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

Já sobre a dimensão objetiva, ele⁴⁷ ensina que ela resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional.

Ingo Sarlet⁴⁸ destaca o entendimento de Pérez Luño, para quem os direitos fundamentais, na perspectiva jurídico-objetiva, passaram a se apresentar no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Sarlet,⁴⁹ fazendo referência a Robert Alexy, destaca que o problema da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos se encontra umbilicalmente vinculado às diferentes facetas que pode assumir o direito subjetivo fundamental.

3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema eficácia horizontal dos direitos fundamentais é também denominado pela doutrina como eficácia privada ou externa dos direitos fundamentais.⁵⁰

Sobre essa eficácia horizontal, existem teorias que tentam explicar o assunto que passaremos a expor.

⁴⁵ Apud Gilmar Mendes Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*, p. 143.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 153.

⁵⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 674-675.

3.1 TEORIAS

A primeira teoria é a da “*State Action*” que, segundo Virgílio Afonso da Silva,⁵¹ ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, ela tem como objetivo definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.

Ao discorrer sobre essa teoria, Virgílio⁵² critica Daniel Sarmento que iguala a doutrina da *state action* a uma não aceitação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Existem também autores que negam uma possível produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Outra teoria é a da eficácia indireta e mediata, pela qual a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, servindo apenas de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve ter como referência os valores constitucionais na elaboração das leis.⁵³

Além dessas, há a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, na qual aqueles direitos têm plena aplicação nas relações privadas, não havendo necessidade de mediação do legislador infraconstitucional.⁵⁴

Segundo Didier,⁵⁵ a teoria da eficácia indireta e mediata predomina na Alemanha, na Áustria e, de certa forma, na França; e a teoria da eficácia direta e imediata é aplicada na Espanha, em Portugal e no Brasil.

Por último, Virgílio⁵⁶ apresenta a teoria de *Schwabe* na qual as ações privadas são equiparadas a ações estatais com o fim de vinculá-las às disposições de direitos fundamentais.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

⁵² Idem.

⁵³ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, v.1. p. 31.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, v.1. p. 31.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

3.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Corroborando o entendimento apontado por Didier que, no Brasil, aplica-se a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa. (STF, 2ª T., RE nº 158215-4-RS, rel. Min Marco Aurélio, DJ de 07.06.1997).”

“EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. *As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.* II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. *A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a*

autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (STF, 2ª T., RE nº 201819-RJ, rel. Min Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006).

Nesse diapasão, o próprio Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ratificou esse entendimento, ao ser alterado pela Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005, que modificou seu artigo 57, passando a prever a exclusão de associado, havendo justa causa e assegurando-lhe o direito de defesa e de recurso.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo, nos dizeres de Canotilho, é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Nesse contexto, apresenta-se a Constituição como um conjunto de regras e preceitos, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo.

Dentre os elementos da Constituição, os limitativos tratam das normas dos direitos e das garantias fundamentais.

Diversas são as gerações ou dimensões desses direitos, nas quais os de primeira geração impõem ao Estado uma prestação negativa, os de segunda, uma prestação positiva e os de terceira englobam os direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente sadio.

Alguns autores abordam ainda direitos de quarta, quinta e até sétima gerações.

Os direitos e as garantias fundamentais na Carta de 1988 são considerados um marco jurídico, pois alargaram o campo de abrangência da Carta Maior, fazendo dela uma das Constituições mais avançadas do mundo sobre o tema, sendo suas normas de aplicabilidade imediata, a despeito das normas limitadas e contidas.

Entretanto, a eficácia horizontal desses direitos, que é a sua aplicação nas relações privadas, apresenta diversas teorias, sendo uma delas a do “*State Action*”, que, para alguns autores, nega a aplicação desses direitos nas relações privadas e, para outros, tem o objetivo de definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.

Uma segunda teoria é a da eficácia indireta e mediata, para a qual a Constituição serve apenas de baliza para o legislador infraconstitucional.

Já para a terceira teoria, que é a da eficácia direta e imediata, aqueles direitos têm plena aplicação nas relações privadas, não havendo necessidade de mediação do legislador infraconstitucional.

Por fim, pelos diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, pode-se constatar que aquela Corte aplica a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo este o entendimento predominante no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, v.1.

BECHARA, Marcelo. **A inclusão digital à luz dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo34.htm>> Acesso em: 12 abr. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOENÇA MENTAL E NEGRITUDE NO BRASIL

René Marc da Costa Silva¹

Resumo: O artigo apresenta as condições de produção históricas de uma matriz discursiva que se tornou hegemônica no âmbito da psiquiatria brasileira nos inícios do século XX e que articulou eficientemente, para efeito de disciplinarização e subalternização da população negra ou não-branca no Brasil, doença mental, pobreza, inferioridade racial e deliquescência moral. O trabalho sustenta ainda que, malgrado as profundas transformações que modernizaram e conferiram um estatuto menos autoritário e discriminatório ao discurso psiquiátrico, resistem e perduram ainda de maneira difusa, tanto na mentalidade coletiva mais ampla da população quanto na prática psiquiátrica, elementos significativos dessa matriz.

Palavras chaves: Raça, Direitos Humanos, Minorias, Saúde Mental.

INTRODUÇÃO

Nesse artigo buscaremos recuperar as formas pelas quais uma corrente do pensamento psiquiátrico no Brasil, hegemônica no campo da medicina social até a década de 1930, elabora, uma semântica na qual foi possível articular loucura, doença mental, pobreza, inferioridade racial e deliquescência moral e que de certa maneira perdura difusa na mentalidade coletiva e em grande parte da prática psiquiátrica hodierna, ainda que fortemente contestada pela retórica modernizante de certos setores do campo psiquiátrico.

Em certo sentido, entendemos nesse trabalho que estas representações organicistas, autoritárias e racistas jamais foram abandonadas por completo, tanto no âmbito da própria psiquiatria quanto no imaginário popular que ajudaram a constituir. Ao contrário, escondem-se inscritas cotidianamente muito mais

¹ Doutor em História pela Universidade de Brasília - UnB, Antropólogo e Professor do Programa de Mestrado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: renecostasilva@gmail.com

numa práxis do que propriamente definidas em um quadro teórico ou em um regime discursivo definido.

Abordar, nesse sentido a presença do negro no discurso psiquiátrico brasileiro exige de quem quer enfrentar essa complexa problemática, alguns recortes, delimitações e cuidados teóricos fundamentais. Em primeiro lugar, o campo semântico dentro do qual se reconhece essa temática da psiquiatria e da questão racial está atravessada por diversos discursos diferentes, porém, articulados entre si. Além de um variado leque de ideias de caráter muito mais ideológico do que propriamente científico, organizam esse campo discursivo conjuntos teóricos médicos como o sanitarismo, o higienismo, o discurso eugênico e o psiquiátrico propriamente dito.

Entretanto, esses discursos médicos têm efetivamente a mesma matriz – em linhas gerais, os emolduram a medicina social – mas com ênfases, enfoques e abordagens por vezes significativamente diferentes. Alguns destes apresentam um tom mais político do que científico; outros mais propriamente definidos a partir de situações urbanas do que rurais, sem esquecer aqueles que, na sua generalidade e ambição – tal como o discurso eugênico –, ultrapassavam praticamente todas essas fronteiras.

Escolhemos, contudo, como veículo condutor dessa reflexão o discurso psiquiátrico (todavia, na sua articulação com o higienismo, o sanitarismo e a eugenia), na medida em que este no Brasil pretendeu fundamentar-se, já no final do século XIX, numa suposta classe de postulados com ambição de cientificidade e a enunciar campos positivos de normalidade e anormalidade das individualidades, de sorte a produzir um conjunto de representações que se pretendiam argumentos de ordem científica capazes de sustentar racional e socialmente uma hipotética inferioridade do negro frente ao branco².

O NEGRO E O SABER PSIQUIÁTRICO NOS FINAIS DO SÉCULO XIX NO BRASIL

Durante a primeira metade do século XIX e até o primeiro quartel da segunda, os *vesânicos*, como eram chamados os alienados que perambulavam

² BIRMAN, Joel. O Negro no Discurso Psiquiátrico. In: **Cativeiro e Liberdade**. SILVA, Jaime, BIRMAN, Patrícia & WANDERLEY, Regina. (Orgs.). Rio de Janeiro, UERJ, 1989, p. 44.

pelas ruas da Corte, não tinham nenhuma assistência médica específica³. Ainda assim, pelo menos desde os anos 30 do século XIX não faltavam demandas nos periódicos da época reivindicando a competência dos especialistas médicos para tratar os loucos. São dessa mesma época os esforços que esses mesmos especialistas desenvolvem para caracterizar a loucura como doença. Todavia, se esse debate, na Europa, ganha contornos teóricos bem definidos; no Brasil ainda discutia-se com algum descompasso teórico sobre a sede e a natureza dessa enfermidade. Tratava-se de um mal do cérebro ou da alma incorpórea, de uma patologia do espírito, do corpo ou da razão?⁴

Contudo, essa decalagem entre os avanços teóricos europeus e o debate psiquiátrico brasileiro diminuiria consideravelmente no fim do século XIX. Nossos psiquiatras, a essa altura, já não desconheciam Pinel que havia estabelecido desde os inícios do século XIX, que a loucura era uma doença da razão e que a característica fundamental em torno da qual ela se definia era a de que se tratava de uma percepção sem objeto, um delírio⁵. Haviam assimilado também, mesmo que um pouco tardiamente, os estudos de Esquirol e Pritchard que nos idos dos anos 1820 e 1830 formularam a teoria da monomania, que alertava para o fato de que havia que se ter cuidado, pois a loucura poderia se esconder insidiosamente sob a face branda da normalidade. Num quadro assim definido haveria, pois, que se acautelar, posto que qualquer cidadão perfeitamente sadio, de posse de uma razão aparentemente íntegra em suas manifestações externas, poderia apresentar, a qualquer momento, surtos insanos de extrema periculosidade.

As figuras perigosas do maníaco e do homicida são elaborações dessa época que se prestam a explicar como, por vezes, a loucura irrompe inesperadamente e perturba a face plácida e a rotina monótona do cidadão comum. No interior desse processo percebe-se paralelamente também o esforço do alienismo em ampliar suas competências – sobretudo em relação à esfera judiciária – e sua capacidade de intervenção social⁶

³ FREIRE COSTA, Jurandir. **História da Psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro, Garamond, 2007, p.39.

⁴ PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **Cidadelas da Ordem** – a doença mental na República. São Paulo, Brasiliense, 1990, p.16.

⁵ PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **Cidadelas da Ordem** – a doença mental na República. São Paulo, Brasiliense, 1990, p.22.

⁶ PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **Cidadelas da Ordem** – a doença mental na República. São Paulo, Brasiliense, 1990, p.22.

A partir dos anos 1850, o campo psiquiátrico já manipulava habilmente a teoria da loucura como consequência da degeneração formulada por Morel. Este, a partir de observações sistemáticas dos proletários, seus hábitos, estilo e condições paupérrimas de vida nos bairros pobres de Paris formulava a teoria de que a loucura tinha uma natureza hereditária e degenerativa. Basicamente, a loucura era uma doença dos pobres. Assim é que o psiquiatra argentino Manuel Salles y Ferré considerava que, numa escala de doentes mentais, o proletariado estaria entre os graus mais baixos, Exatamente aquele que compreenderia os indivíduos debilmente dotados, que só podem ser usados em tarefas simples e ligeiras, por pobreza de sentimento e por debilidade de sentimento moral⁷.

A velocidade desse deslocamento teórico chama a atenção, principalmente na medida em que tanto a loucura quanto a pobreza, até o século XVIII e inícios do XIX eram considerados basicamente fenômenos naturais, para os quais se contava no seu enfrentamento com sentimentos de caridade e piedade das esmolas ou do patronato ou, ainda, o efetivo acolhimento de instituições como as Santas Casas de Misericórdias. Menos de um século depois, operava entre nós essa viragem substantiva na forma de ver socialmente os fenômenos da pobreza e da loucura. Fato incontestado era, entretanto, que o desenvolvimento da psiquiatria entre nós encontrava-se consolidado já próximo à viragem do século para enfrentar, talvez, seu maior desafio: o conturbado cenário político-social brasileiro.

As dificuldades que o saber psiquiátrico encontrou para empreender essa tarefa, contudo, se faziam imensas. A incompatibilidade manifesta, todavia, seria a perpetuidade da escravidão. Incompatibilidade não apenas econômica e política, mas propriamente de controle social. O obstáculo intransponível a tal projeto foi, evidentemente, o elemento negro enquanto escravo e, de resto, um imenso contingente de não brancos pobres espalhados pelo país. Não foi coincidência, portanto, o alinhamento desse discurso médico em uma oposição manifesta à escravidão. Tal como explica Machado, o escravo, na cidade, através dos efeitos de sua presença no seio da família branca, é visto como causa de desordem, sexualidade desregrada, paixões, doenças, vaidade, egoísmo, brutalidade. Ao procurar transformá-la através de sua higienização, a medicina tematiza o escravo como obstáculo fundamental à criação de uma família brasileira sadia⁸.

⁷ PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **Cidadelas da Ordem** – a doença mental na República. São Paulo, Brasiliense, 1990, p.24.

⁸ MACHADO, Roberto. **A Danação da Norma**. Rio de Janeiro, Graal, 1978, p 354.

O cenário da derrocada do Império precedido em pouco tempo pela abolição da escravatura expos massas de ex-escravos desamparados e sem emprego que vagueavam de rua em rua ou de cidade em cidade. Isto deu contornos ainda mais amplos de complexidade à questão. Por outro lado, a imigração, os inícios de um processo irreversível de industrialização e, com ele, o crescimento paulatino e constante do proletariado, a urbanização, o desenvolvimento da ordem econômica e social competitiva, além do advento da República e o necessário rearranjo político institucional da nova ordem com seu consequente cenário de instabilidade política e agitação social, impunham-se como o conjunto mais difícil de problemas a serem enfrentados pela elite política do país, tanto quanto por sua elite *científica*.

No interior desse processo, categorias sociais percebidas como perigosas à harmonia do convívio público tinham contra si também a desconfiança, senão o completo descrédito quanto a sua capacidade de contribuir minimamente com o esforço civilizacional eurocêntrico a que almejava nossa elite política e intelectual.

A população negra, com sua história de marginalização posterior a abolição da escravatura – vista como ‘degradada’ demais para ser facilmente incorporada à força de trabalho industrial, resistente às práticas senhoriais do antigo sistema, confinada aos redutos de extrema pobreza para os quais a cidade a encaminhara desde os primeiros momentos de sua expansão, e vivendo em grande parte do subemprego, do biscate, quando não da contravenção, passa a ser objeto privilegiado do saber disciplinarizador e normalizador de segmentos de nossa elite pensante.

Destaca-se nesse aspecto o saber psiquiátrico. Para essa categoria de pessoas a psiquiatria reservou as designações mais ‘inferiores’ da degeneração, categorias próximas da animalidade ou dos estágios mais primitivos da ‘evolução’ humana. Ao lado dos negros, portanto, outros setores da população perdem, na cidade que cresce e altera as rotinas da vida cotidiana, os seus espaços tradicionais. Para além da população pobre em geral, desempregados e proletários, outros setores percebidos como improdutivos, como a velhice e os ‘menores’, certos tipos de doentes, débeis mentais, deficientes de várias qualidades terão o seu lugar reinventado⁹.

⁹ PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **O Espelho do Mundo** – Juquery, a história de um asilo. Rio de Janeiro, Paz e terra, 1986, p 31.

Imersa definitivamente nesse turbulento contexto e acompanhando suas exigências, a medicina social, já na entrada do século XX, produzirá em seu próprio discurso uma transformação radical, tanto no que concerne às suas formas de conhecimento quanto às suas práticas interventivas. Como nos diz Machado, a característica mais geral dessa transformação é o fato:

(...) de que a prática médica não deveria mais se restringir a considerar a doença isoladamente, como uma essência independente e atuar sobre ela depois que tenha eclodido. O fundamental será, não a ação direta sobre a doença para reestabelecer a saúde, mas, antes de tudo, impedir o seu aparecimento, controlar sua manifestação. O objetivo da medicina começa a se deslocar, portanto, da doença para a saúde¹⁰.

Os objetivos da medicina social do período, portanto, são os cuidados com a saúde geral da população brasileira.

Pensado à luz do contexto histórico dentro do qual se define, esse deslocamento teórico responderia ao desafio posto pela elite política e intelectual brasileira de construção de um Brasil para o qual se colocava a tarefa imposterável de entrar em compasso com a modernidade ocidental, não perder o bonde da segunda revolução industrial que já estava em curso na Europa no campo econômico, ampliar o modelo político representativo liberal do constitucionalismo monárquico e instaurar uma sociedade civilizada ancorada no direito, no arbítrio soberano do indivíduo livre.

Nesse sentido, os negros e, de resto, as massas populares e pobres não brancas seriam naturalmente vistas como os grandes óbices à constituição eugênica do povo brasileiro. Disciplinarização e normalização das massas populacionais, muito mais do que o seu simples enjaulamento ou punição sistemática, seriam então as grandes preocupações de uma elite intelectual médica que precisava pensar, à luz das transformações radicais pelas quais passava a sociedade brasileira dos finais do século XIX, não apenas um país ou mesmo um Estado, mas uma nação. Para isso, a tarefa fundamental posta era a constituição de um povo ordeiro e disciplinado, sobretudo de modo a evoluir dentro dos quadros e parâmetros estreitos de uma sociedade burguesa em gestação¹¹. Mal ajustadas, contudo, no

¹⁰ MACHADO, Roberto. *A Danação da Norma*. Rio de Janeiro, Graal, 1978, p. 248.

¹¹ GEBARA, Ademir. *O Mercado de Trabalho Livre no Brasil*. São Paulo, Brasiliense, 1986, p. 201-201.

âmbito desse quadro de referência; na medida em que balizadas por um conjunto conceitual ancorado no positivismo, evolucionismo, darwinismo social, determinismo e eugenia, as elites intelectuais brasileiras, caracterizadas como pós-coloniais¹², acabavam por exercer sobre a população pobre e não-branca o que Schwarcz caracterizou como *imperialismo interno*¹³. Nos limites desse contexto não restou às nossas elites intelectuais considerar minimamente qualquer possibilidade de um exercício cidadão mais amplo para as grandes massas pobres e não-brancas que não fosse uma cidadania limitada de segundo grau¹⁴.

A superioridade da civilização europeia torna-se assim decorrente das leis naturais que orientariam a história dos povos. A ‘importação’ de uma teoria dessa natureza não deixa de colocar problemas para os intelectuais brasileiros. Como pensar a realidade de uma nação emergente no interior desse quadro? Aceitar as teorias evolucionistas implicava analisar-se a evolução brasileira sob as luzes das interpretações de uma história natural da humanidade; o estágio civilizatório do país se encontrava assim de imediato definido como ‘inferior’ em relação à etapa alcançada pelos países europeus. Torna-se necessário, por isso, explicar o atraso brasileiro e apontar para um futuro próximo, ou remoto, a possibilidade de o Brasil se constituir enquanto povo, isto é como nação (...) A especificidade nacional, isto é, o hiato entre a teoria e a sociedade, só pode ser compreendido se combinado a outros conceitos que permitem considerar o porque do atraso do país (...) O pensamento brasileiro da época vai encontrar tais argumentos em duas noções particulares: o meio e a raça¹⁵

O discurso médico, principalmente o discurso social médico, ocupou uma posição estratégica nesse sentido, colocando em andamento um processo de invalidação social e política da figura do negro, em particular, nos primórdios do Estado Republicano no Brasil. O Estado Republicano funcionou como uma

¹² SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. Tradições de Conhecimento na Gestão Colonial da Desigualdade. In: **Trânsitos Coloniais**. BASTOS, Cristina; VALE DE ALMEIDA, Miguel & FELDMAN-BIANCO, Bela (Orgs.). Campinas, São Paulo, UNICAMP, 2007, 165.

¹³ SCHWARCZ, Lília Moritz. **O Espetáculo das Raças** – cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo, Cia. das Letras, 1993, p. 28.

¹⁴ ALONSO, Angela. **Ideias em Movimento** – a geração de 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo, Paz e Terra, 2002, p. 59-60.

¹⁵ ORTIZ, Renato. **Cultura Brasileira e Identidade Nacional**. São Paulo, Brasiliense, 1986, p. 15.

das instâncias institucionais onde se empreendeu a legitimação da inferioridade social do negro ou do não branco face à figura do branco¹⁶. Contudo, pode-se dizer, os saberes médicos, de certo modo, nada mais fizeram do que acompanhar e, de toda forma reforçar e associar esforços, a um processo social em curso que encontraria, na emergência do racismo, uma maneira de reintroduzir a hierarquia e a desigualdade formalmente extinta com a abolição da escravatura, disciplinarizando subalternamente a grande massa preta e pobre¹⁷. Aqui, impossível furtar ao olhar atento, nitidamente, a prematura articulação de saberes pressupostos como técnico-científicos e ideológicos *a priori* determinados¹⁸.

PSIQUIATRIA EUGÊNICA OU ETNOPSIQUIATRIA?

No final dos anos 1920, as cisões no campo intelectual brasileiro se radicalizavam, e ainda que a antropologia física junto com a psicopatologia e seu quadro teórico nos limites da psiquiatria clássica paulatinamente perdessem espaço tanto no campo teórico quanto no político (e, por consequência, isso ajudasse a atenuar e deslocar a força do elemento raça em relação à noção de etnia), os anos 1930 ainda se mostrariam, pelo menos no campo da psiquiatria, do ponto de vista teórico, profundamente engessado e no campo político extremamente conservador e autoritário.

Nos anos 1930, toda expressão cultural negra assumia, inevitavelmente formas mais ou menos bárbaras de animalidade, impermeáveis ao evidente progresso da civilização ocidental. Paralelo a isso e por outro lado, essa década se notabilizaria também pelos avanços e maturidade de disciplinas como a antropologia social, sociologia e psicanálise, profundamente críticas da ideia de raça, abandonada em função da noção de etnia e o deslocamento paulatino também, em contrapartida, das teorias de naturalização e essencialização dos processos sociais. Os anos 1940, enfim, consolidariam definitivamente, como consequência de todo esse desenvolvimento, um profundo reordenamento no quadro teórico da psiquiatria brasileira, da medicina social, e uma indisfarçável fratura no interior da intelectualidade científica nacional.

¹⁶ BIRMAN, Joel. O Negro no Discurso Psiquiátrico. In: **Cativeiro e Liberdade**. SILVA, Jaime, BIRMAN, Patrícia & WANDERLEY, Regina. (Orgs.). Rio de Janeiro, UERJ, 1989, p. 44.

¹⁷ DUMONT, Louis. **Homo Hierarchicus** – o sistema de castas na Índia. São Paulo, EdUSP, 1992.

¹⁸ VALE DE ALMEIDA, Miguel. O Atlântico Pardo. Antropologia, Pós-colonialismo e o caso “Lusófono”. In: **Trânsitos Coloniais**. BASTOS, Cristina; VALE DE ALMEIDA, Miguel & FELDMAN-BIANCO, Bela (Orgs.). Campinas, São Paulo, UNICAMP, 2007, p. 36-37.

Se a psicanálise e a antropologia cultural já se faziam presentes e incomodavam a soberania do saber psiquiátrico, todavia, avançavam timidamente ainda sobre os espaços cativos da psiquiatria e da psicopatologia na interpretação da cultura afro-brasileira, notadamente de seus cultos. Mesmo que timidamente, apresentava-se já uma clara alternativa teórica possibilitadora de se pensar a cultura negra no Brasil fora do registro médico da cura. A partir da antropologia social e da etnopsiquiatria, podia-se pensar as perturbações mentais da massa de não brancos, social e politicamente excluída, como um desequilíbrio da desorganização psíquica produzida pela fragmentação dos registros simbólicos, ou seja, da opressão ou má adaptação a códigos culturais concorrentes e hostis. Mesmo assim, o transe e a possessão, característica dos cultos de matriz africana, eram vistos naquele paradigma teórico hegemônico da psiquiatria eugênica como doença mental.

PSIQUIATRIA, RACISMO E AUTORITARISMO

Fundada nessas bases, a psiquiatria brasileira acolheria com grande entusiasmo já em 1931, no âmbito do primeiro Congresso Internacional de Higiene Mental, os novos horizontes teóricos da psiquiatria alemã, dentro dos quais uma concepção eugênica renovada tinha um lugar central. O elemento teórico nuclear aqui era, todavia, a ideia de que a higiene mental não deveria restringir sua prática e aplicação apenas ao campo da psiquiatria *stricto sensu*, mas ao mundo social como um todo. Por essa via consolidava-se a preocupação com a saúde da raça – sobretudo a parte ainda saudável dela, as “pessoas normais”, as quais deveriam ser preservadas - e não mais apenas do indivíduo doente acamado no interior dos hospitais. Como consequência desse *turning point* teórico, deslocava-se a concepção liberal de indivíduo, entendido como uma unidade subjetiva autônoma e socialmente independente para conduzir seus próprios destinos, para uma outra, de viés fortemente comunitarista, em que o indivíduo era visto primeiramente como parte indissociável de um todo social orgânico em que as partes trabalhavam em prol do todo, mas o todo não se reduzia ao somatório das partes¹⁹. Tal deslocamento foi fundamental para que o entendimento público e político e os segmentos sociais acolhessem menos traumáticamente as medidas

¹⁹ LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um Pensamento Autoritário na Primeira República. Uma interpretação. In: **História Geral da Civilização Brasileira. III- O Brasil Republicano** (sociedade e Instituições – 1889-1930). 3ª Edição. São Paulo, Difel, 1985.

profiláticas que a medicina social brasileira de inspiração higienista e nazista necessitava ver adotadas. Gestava-se, pois, então, no interior desse pensamento, uma nova definição de indivíduo além de uma outra concepção de cidadão.

As representações de indivíduo que a Liga Brasileira de Higiene Mental (LBHM) se esforçava então em fazer circular e que vinculava-se a uma matriz biológica e não psíquica ou cultural, acomodavam-se perfeitamente ao esquema autoritário acima exposto. O indivíduo estaria incluso aqui no perímetro das leis naturais da sua espécie ou raça, portanto enquanto elemento subordinado a uma coletividade. O trabalho proposto como imprescindível ao eugenista/higienista no interior desse quadro seria basicamente profilático – cuidar para que não houvesse desvios, anomalias na evolução natural da espécie, especialmente aqueles advindos do comportamento deliquesciente dos indivíduos ou grupos sociais desviantes.

No cumprimento dessas diretrizes teóricas e de posse do que entendiam ser a tarefa fundamental do psiquiatra-reformador social, os intelectuais que controlavam hegemonicamente a medicina social no Brasil, e particularmente no campo psiquiátrico a trabalhavam com o escopo da higienização social da raça, retornam com intensidade a campanhas desenvolvidas num passado recente, sem grandes consequências, como as mobilizadas contra o alcoolismo. Entra em cena, todavia, com força total, uma articulação perversa: raças inferiores e pobreza seriam os campos férteis por onde vicejariam sem controle os comportamentos deliquescentes, imorais, ou degradantes; além da imundície social, psíquica e física no seio do povo sadio.

Ciência aqui, tornava-se assim, nesse momento, definitivamente, mais uma dimensão discursiva da política e da moral. Não resta dúvida, portanto, que as *medidas firmes* que os higienistas demandavam ao Estado se faziam claramente incompatíveis com outras instituições significativas no cenário político-ideológico brasileiro, tais como a Igreja católica que tradicionalmente lidava no enfrentamento dessas questões de um ponto de vista paternalista, filantrópico e humanitarista tanto quanto em descompasso também com a tradicional estrutura política liberal brasileira.

Nessas representações, o sacrifício do indivíduo ao bem social atenderia ao benefício da raça. O objetivo, portanto, não se restringia mais a combater a doença mental, nem sequer tratava-se mais de tratar os indivíduos doentes.

Os indivíduos redefinidos por estas representações, subsumiam-se aos objetivos maiores da sociedade, entendida agora como um todo orgânico funcional, para a qual os mais altos anseios e objetivos se apresentavam como educação, normalização e disciplinarização da população numa cruzada moralizadora de construção ou reforma eugênica da *raça brasileira*.

Durante o período Vargas, sobretudo nos anos do Estado Novo, todas essas linhas se entrelaçam. Sob a batuta do Estado, legitimado pela corporação dos médicos-psiquiatras, o trabalho preventivo com os cidadãos ainda normais, sobretudo com a população urbana proletária, na linha da higiene mental eugênica, continuava sendo desenvolvido com campanhas de combate ao alcoolismo, pauperismo, desemprego, carências alimentares, comportamentos sexuais deliquescentes que recebiam no pensamento psiquiátrico da época o *status* de moléstias sociais uns e vícios sociais, outros²⁰. Em relação às pessoas consideradas doentes, a prática e a política foi aqui irremediavelmente o encarceramento nos hospícios públicos.

O REGIME MILITAR DE 1964 E LOUCURA: A CAÇA AO DESVIANTE

O Estado Novo, de certa forma, construiu uma arquitetura repressiva em relação ao *desviante* em geral que seria, de outra forma, muito bem aproveitada pelo regime que se instalaria no Brasil em 1964. A figura proeminente do Dr. Antônio Carlos Pacheco e Silva foi, talvez, a máxima expressão dessa articulação entre saber psiquiátrico, hospício e poder totalitário no Brasil. Nas palavras de Pereira Cunha, esse psiquiatra foi “detentor de um ‘super saber’ marcado pela interdisciplinaridade, que conjugava saberes da fábrica, da administração, da política, do corpo e da psique humanos – modelo de competência capaz de imprimir a todas as questões soluções “técnicas” adequadas. Detentor indiscutível da “verdade”, foi, entre outros cargos, sucessor de Franco da Rocha na direção do Hospício de Juquery; fundador das Ligas Brasileira e Paulista de Higiene Mental; deputado classista na Constituinte de 1934, quando dedicou-se aos temas da higiene mental e da medicina social, dos serviços sociais e da previdência, da implantação de equipamentos necessários às tarefas da prevenção e dos deveres

²⁰ PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. *O Espelho do Mundo* – Juquery, a história de um asilo. Rio de Janeiro, Paz e terra, 1986, p. 186.

do Estado em face da questão da saúde pública²¹. Boa parte da estrutura asilar, sua ideologia e suas práticas permaneceriam em vigor na medicina social e na psiquiatria brasileira até os anos 1960.

Utilizou-se com frequência, nos anos de chumbo inaugurados em 1964, da estrutura asilar pública constituída em anos anteriores para encarcerar e torturar os indivíduos cuja ideologia, conduta ou constituição pessoal se dissociavam, parcial ou totalmente, dos ideais estéticos, morais ou do conjunto de valores sociais e políticos abraçados pelo grupo que assaltou o poder. O hospício do Juqueri, além do hospício de Barbacena em Minas Gerais²², destacaram-se nos piores momentos do regime militar.

Uma comissão parlamentar formada em 1991 recebeu documentos de um anônimo, mostrando que ex-integrantes de movimentos revolucionários internados no manicômio sofreram torturas e maus tratos. Um deles teria sido assassinado e enterrado no cemitério existente no hospício do Juqueri²³.

Entretanto,

(...) O que existe até agora comprovado são quatro relatos de políticos enquadrados na Lei de Segurança Nacional (LSN), que cumpriram pena como doentes mentais no manicômio judiciário. Suas fichas médicas e inquéritos foram descobertos, nos arquivos da instituição, pela mesma comissão que encontrou mais de mil ossadas numa vala clandestina do cemitério de Perus, distante apenas 13 km do manicômio. Um dos principais integrantes da comissão foi Ivan Akselrud Seixas, ex-militante do Movimento Revolucionário Tiradentes (MRT), que passou três anos internado como demente na Casa de Custódia de Taubaté. Em abril de 1971, Seixas foi preso em São Paulo pela Operação Bandeirante (Oban), junto com seu pai, o mecânico Joaquim Alencar Seixas, que também militava no MRT²⁴.

²¹ PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **O Espelho do Mundo** – Juquery, a história de um asilo. Rio de Janeiro, Paz e terra, 1986, p. 186.

²² ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro – genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil**. São Paulo, Geração Editorial, 2013.

²³ ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro – genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil**. São Paulo, Geração Editorial, 2013.

²⁴ TAVOLARO, Douglas. **A Casa do Delírio**. São Paulo, Ed. Senac São Paulo, 2004, 48-49.

Depósito de *desviantes*, câmaras de tortura daqueles que contestavam a ordem estabelecida ou simplesmente não se encaixavam nos parâmetros estreitos do Brasil burguês – sonho do desenvolvimentismo alucinado do fim dos anos 1960, início dos anos 1970. A estrutura asilar constituída tornava-se um lugar apropriado para categorias como comunistas, loucos, negros, mendigos, usuários de drogas e outros.

ENTRE A REFORMA PSIQUIÁTRICA E A PRÁTICA PSIQUIÁTRICA – QUAL O LUGAR DO (DESVIANTE) NEGRO?

Em recente pesquisa por nós realizada sobre a população manicomial do Distrito Federal²⁵, encontramos indicações estatísticas interessantes que podem, certamente, orientar futuras pesquisas cujo intuito seja, por exemplo, colocar em questão, identificar, mensurar o impacto (e o efetivo progresso ou os resultados) que o processo de reforma pelo qual vem passando o campo psiquiátrico em geral e a psiquiatria asilar desde os anos 1980 produziu, no sentido de, não apenas redefinir o estatuto inferiorizante construído sobre as pessoas caracterizadas como *desviantes*, no caso, os loucos ou doentes mentais (para nós, no caso da pesquisa acima referida, interessou especialmente a articulação dessa categoria social com outra – a de pessoas negras); como também mobilizar instituições (como hospitais psiquiátricos), categorias profissionais específicas e correlatas ao problema da saúde mental (como médicos, bombeiros, policiais, etc.) para um esforço conjunto de prestação de um serviço de saúde pública mais cidadão, menos discriminatório e violento.

Entretanto, as tendências possíveis de serem deduzidas dos dados de que dispomos não nos parecem muito animadores, se considerados os objetivos e ideais acima estabelecidos. Se cotejarmos, primeiramente, os números encontrados na pesquisa com os totais percentuais registrados pelo censo no Distrito Federal em 2000; encontraremos discrepâncias muito interessantes. Por exemplo: os percentuais encontrados na amostra da pesquisa, tal como foi informado, indicaram apenas 38,36% de elementos brancos contra um conjunto percentual de 49,15% de brancos verificados na população do Distrito Federal, apresentando uma diferença percentual de - 10,79%. No relativo aos pardos, a amostra

²⁵ COSTA SILVA, René Marc. **Raça e Gênero na Saúde Mental do Distrito Federal**. Curitiba, Ed. CRV, 2011.

aponta 50,68% contra 44,77% dos residentes no Distrito Federal, uma diferença percentual de 5,91%. No caso dos pretos encontramos na amostra 10,96% contra 4,80 de pretos residentes no Distrito Federal, ou seja, mais que o dobro (diferença percentual de 6,16%)²⁶.

De início, esses números apontam para o fato de que o único contingente populacional que representa, na amostra, diminuição proporcional em relação ao verificado para a população em geral do DF, é o contingente branco. Isto nos parece muito significativo, pois, todos os outros contingentes populacionais de cor apresentam discreto; porém um interessante incremento na amostra em relação à população em geral do DF.

Tais dados nos sugerem algumas possibilidades: é possível que o contingente populacional branco, mais presente nos extratos sociais superiores, e tendo maiores recursos, acorra prioritariamente ao atendimento psiquiátrico ou manicomial em instituições privadas, não tendo sido, portanto, fundamentalmente alcançado por nossa pesquisa; toda ela realizada em instituições públicas de saúde.

Por outro lado, também, é possível que as perturbações mentais, em parte decorrentes das condições sociais adversas nas quais vive em maior proporção a população não-branca, atinjam também com menor intensidade o segmento populacional branco; caracterizados por ostentarem índices sociais menos precários que a população de cor. Se assim for, elementos como violência, desemprego, péssimas condições de saneamento, moradia, ou deslocamentos migratórios que implicam, muitas vezes em separações de famílias inteiras, cumpririam um papel decisivo no descompasso que esses números revelam. Além disso, a população não branca sofre em seu cotidiano diversas formas de violência racista, o que tende a agravar o quadro. A se confirmarem tais hipóteses, as articulações perversas entre pobreza, cor e doença mental continuariam operando silenciosamente sob o manto reluzente da reforma psiquiátrica.

Alinhando as variáveis, raça e gênero, por sua vez, encontramos um relativamente pequeno número de prontuários em que foi possível fazer com segurança esse cruzamento. Dos 239 prontuários pesquisados, apenas 73 prontuários informaram sobre o cruzamento dessas duas variáveis, isto é somente 30,5% dos

²⁶ Indivíduos classificados como amarelos não apareceram na amostra, mas configuram 0,74% da população total do DF.

prontuários produziram informações válidas sobre esse aspecto. Nesses prontuários nos quais pudemos obter informações, encontramos 26 homens, entre brancos, pardos e pretos, configurando 35,6% de todo o contingente válido pesquisado e 47 mulheres compondo os outros 64,4% no interior desse contingente, distribuídas entre todas as cores.

As mulheres se mostram amplamente majoritárias, portanto, na medida em que compõem 64,4% da população pesquisada contra apenas 35,6% de homens. No interior do grupo de mulheres é muito clara também a presença amplamente majoritária da população feminina não-branca (60%) contra (40%) de mulheres brancas; tendência essa presente no interior da população masculina. Nesta, os não-brancos perfazem 66% do total de homens contra 34% de brancos.

Não é possível, no espaço de que dispomos aqui avançar mais na exploração dos dados. Entretanto, essas poucas articulações aqui ensaiadas nos deixam um forte sentimento de que apesar de todos os avanços realizados desde os anos 1980 até os dias de hoje no sentido de desmontar, na medida do possível, a estrutura asilar secular, tenebrosa e genocida, apesar também do combate sistemático terçado contra o discurso psiquiátrico de matriz eugênica e biologizante, a prática do dia a dia com os internos, as rotinas e a necessidade que impõem de resolução imediata de problemas no ambiente hospitalar acionam quase que por reflexo preconceitos cristalizados, olhares disciplinados (não apenas do ponto de vista do treinamento médico-profissional, mas construídos à partir de uma cultura e aprendizado social discriminatório prévio, anterior e para além das cercas do hospital) a enxergar categorias sociais predispostas ou naturalmente inclinadas a determinados distúrbios, também eles vinculados a práticas sociais moralmente deliquescentes.

Tive a oportunidade de presenciar pessoalmente, não poucas vezes, durante o trabalho de pesquisa o carro do corpo de bombeiros ou viaturas da polícia civil ou militar chegando com pessoas como mendigos, bêbados e usuários de drogas ao hospital psiquiátrico. Por qual razão? Por razão nenhuma. Por simples rotina. Quando perguntados das razões pelas quais traziam aquelas categorias específicas de pessoas a um hospital psiquiátrico, os bombeiros ou policiais simplesmente respondiam que o faziam para tirá-los das ruas. Aqui, de imediato, duas questões avultam: primeiro, o hospital continuam sendo visto como depósito, campo de concentração ou de refugiados; segundo, especialmente

acolhedora de categorias percebidas socialmente como inferiores, indesejáveis, incapazes, inúteis ou supérfluas.

A relação imediata (talvez mesmo como um *Habitus*) que esses funcionários, membros de instituições públicas fazem é a que está centenariamente consolidada em seu imaginário. Neste se estabelece que miséria ou pobreza – condição ou atributo quase que naturalizado de pessoas negras - promove forte propensão ao alcoolismo ou ao uso regular de drogas; práticas essa que, nesse imaginário, implicam em perda de referentes sociais vistos como positivos e desejáveis (trabalho, família), conferidores, sobretudo, de vigor moral ao indivíduo e principais lugares de onde é possível e onde é natural mesmo, pensa-se, florescer a saúde física, mental e moral.

Em vista, portanto, do que aqui se dispôs não me parece tendencialmente animador o quadro da saúde mental pública no Distrito Federal em particular e do Brasil em geral, sobretudo no que tange à capacidade de redefinição do estatuto inferiorizante construído sobre essas categorias vistas como *desviantes* e a prestação de um outro tipo de saúde mental pública especificamente e de prestação de saúde pública em geral. Contudo, aqui não cabem especulações, e sim mais pesquisas.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO, Angela. **Ideias em Movimento** – a geração de 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo, Paz e Terra, 2002.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro – genocídio**: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil. São Paulo, Geração Editorial, 2013.

BIRMAN, Joel. O Negro no Discurso Psiquiátrico. In: **Cativeiro e Liberdade**. SILVA, Jaime, BIRMAN, Patrícia & WANDERLEY, Regina. (Orgs.). Rio de Janeiro, UERJ, 1989.

CANCELLI, Elizabeth. **O Mundo da Violência** – a polícia da era Vargas. Brasília, EdUnB, 1993.

CASTEL, Robert. **A Ordem Psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. Rio de Janeiro, Graal, 1978.

CASTRO GOMES, Angela de. **A Invenção do Trabalhismo**. Rio de Janeiro, IUPERJ/Vértice, 1988.

COSTA SILVA, René Marc. **Raça e Gênero na Saúde Mental do Distrito Federal**. Curitiba, Ed. CRV, 20011.

DUMONT, Louis. **Homo Hierarchicus** – o sistema de castas na Índia. São Paulo, EdUSP, 1992.

FREIRE COSTA, Jurandir. **História da Psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro, Garamond, 2007.

GEBARA, Ademir. **O Mercado de Trabalho Livre no Brasil**. São Paulo, Brasiliense, 1986.

GONDINHO DELGADO, Pedro Gabriel. Perspectivas da Psiquiatria Pós-asilar no Brasil. In: **Cidadania e Loucura – políticas de saúde mental no Brasil**. ALMEIDA TUNDIS, Silvério & ROSÁRIO COSTA, Nilson. (Orgs.). Petrópolis, Rio de Janeiro, Vozes, 2001.

LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um Pensamento Autoritário na Primeira República. Uma interpretação. In: **História Geral da Civilização Brasileira. III- O Brasil Republicano (sociedade e Instituições – 1889-1930)**. 3ª Edição. São Paulo, Difel, 1985.

MACHADO, Roberto. **A Danação da Norma**. Rio de Janeiro, Graal, 1978.

ORTIZ, Renato. **Cultura Brasileira e Identidade Nacional**. São Paulo, Brasiliense, 1986.

PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **Cidadelas da Ordem** – a doença mental na República. São Paulo, Brasiliense, 1990.

PEREIRA CUNHA, Maria Clementina. **O Espelho do Mundo** – Juquery, a história de um asilo. Rio de Janeiro, Paz e terra, 1986.

ROSÁRIO COSTA, Nilson & ALMEIDA TUNDIS, Silvério. Cidadania, Classes Populares e Doença Mental. In: **Cidadania e Loucura – políticas de saúde mental no Brasil**. ALMEIDA TUNDIS, Silvério & ROSÁRIO COSTA, Nilson (Orgs.). Petrópolis, Rio de Janeiro, Vozes, 2001.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **O Espetáculo das Raças** – cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo, Cia. das Letras, 1993.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. Tradições de Conhecimento na Gestão Colonial da Desigualdade. In: **Trânsitos Coloniais**. BASTOS, Cristina; VALE DE ALMEIDA, Miguel & FELDMAN-BIANCO, Bela (Orgs.). Campinas, São Paulo, UNICAMP, 2007.

TAVOLARO, Douglas. **A Casa do Delírio**. São Paulo, Ed. Senac São Paulo, 2004.

VALE DE ALMEIDA, Miguel. O Atlântico Pardo. Antropologia, Pós-colonialismo e o caso “Lusófono”. In: **Trânsitos Coloniais**. BASTOS, Cristina; VALE DE ALMEIDA, Miguel & FELDMAN-BIANCO, Bela (Orgs.). Campinas, São Paulo, UNICAMP, 2007.

II - TEMAS DE DIREITO AMBIENTAL

PARQUES NACIONAIS: TURISMO ECOLÓGICO E INCLUSÃO NA PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Alice Serpa Braga¹

Márcia Dieguez Leuzinger²

Resumo: O trabalho retrata os parques nacionais na perspectiva histórica do desenvolvimento da temática ambiental nos quadros internacional e nacional. Aborda a questão da evolução das discussões de proteção ambiental e sua tensão com o desenvolvimento. Relata, em síntese, as discussões sobre o tema do desenvolvimento sustentável e a inserção dos parques nacionais nesse contexto, guardadas as suas finalidades originárias. Ao final, apresenta a proposta de incremento do turismo ecológico nos parques, com vistas a, a par da inerente conservação da biodiversidade, alcançar também a sustentabilidade financeira e a inclusão social na gestão dos parques nacionais brasileiros.

Palavras-chave: Parque nacional. Desenvolvimento sustentável. Turismo ecológico. Uso público.

Sumário: Introdução. 1 Parques nacionais e o movimento ambientalista; 1.1 Origem dos parques nacionais e presença na consolidação do movimento ambientalista; 1.2 Parques nacionais e evolução da questão ambiental no Brasil; 1.3 Dados atuais dos parques nacionais do Brasil. 2 Parques nacionais, uso público e desenvolvimento sustentável: novas perspectivas; 2.1 Desenvolvimento sustentável; 2.2 Viabilização do uso público e turismo ecológico. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Procuradora Federal, mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

² Procuradora do Estado do Paraná; Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB; professora de Direito Ambiental da graduação e do mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

INTRODUÇÃO

Em tempos em que a discussão acerca da perda da biodiversidade³ está na pauta do dia, aumenta a importância de se tratar das estratégias de sua conservação, dentre as quais se insere a criação e manutenção de unidades de conservação.

Os parques nacionais figuram entre as categorias estabelecidas pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei n. 9.985/2000), como unidade de proteção integral, em que só é permitido o uso indireto dos recursos naturais. São destinados, nos termos da Lei, à preservação de ecossistemas de relevância ecológica e beleza cênica, em que se permitem as pesquisas científicas, atividades de educação ambiental, recreação e turismo ecológico. Com vistas a observar as disposições legais, os parques nacionais devem propiciar o turismo ecológico, com a abertura à visitação e com a disponibilidade de recreação em contato com a natureza. Tornar os parques nacionais eficientes traduz não só o cumprimento das disposições legais, senão também reafirma a relevância da referida categoria de unidade de conservação na proteção da biodiversidade e no seu papel para o desenvolvimento do entorno e das populações vizinhas.

Diante desse quadro, o presente trabalho abordará, inicialmente, a estreita relação entre a criação de parques nacionais e o movimento ambientalista. A ideia preservacionista esteve presente desde os primórdios das considerações ambientais, antes mesmo de elas se consolidarem em normas e em políticas públicas definidas e institucionalizadas pelo Poder Público. Também será abordada a construção das normas ambientais pátrias referidas aos parques nacionais e será apresentado o quadro atual dos parques no Brasil.

A constante presença dos parques nacionais no desenvolvimento das políticas ambientais aponta para a necessidade de evolução do seu trato no atual contexto. Nesses comenos, o trabalho retratará uma síntese das discussões que cuidaram da tensão entre o desenvolvimento e a questão ambiental e a necessidade de se buscar um equilíbrio entre eles. Nesse passo, será demonstrado que a viabilização do uso público, incentivos à visitação e ao turismo ecológico podem

³ A Convenção sobre Diversidade Biológica conceitua biodiversidade como a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas (art. 2º).

ser mecanismos que assegurem a efetividade dos parques nacionais e a sua inserção na atual conjuntura do desenvolvimento sustentável. Ademais, poderá ser instrumento de geração de recursos, sustentabilidade financeira para a unidade e desenvolvimento da economia local.

1 OS PARQUES NACIONAIS E MOVIMENTO AMBIENTALISTA

A relação da humanidade com a natureza passou por inúmeras transformações ao longo do tempo.⁴ Percorrendo civilizações do passado,⁵ verifica-se que muitas sucumbiram em face da exploração desmedida de seus recursos naturais, sem que providências fossem adotadas para reverter a situação de esgotamento do meio ambiente ou em razão do insucesso das medidas tomadas para impedir que a degradação se materializasse.⁶

Uma das estratégias para conter o avanço da exploração do meio ambiente foi a preservação de áreas intocadas. Referida concepção permeou as primeiras considerações sobre a questão ambiental.

1.1 ORIGEM DOS PARQUES NACIONAIS E PRESENÇA NA CONSOLIDAÇÃO DO MOVIMENTO AMBIENTALISTA

A percepção da capacidade da humanidade de alterar as características naturais da Terra implicou em que os homens se preocupassem em reservar espaços para que não fossem impactados por ações antrópicas.⁷ As áreas seriam destinadas, nesse contexto, a preservar lugares sagrados ou a manter estoques de recursos naturais.⁸

Ainda no século XVII, quando o Japão havia quase esgotado suas fontes de madeira, foram adotadas medidas de contenção do consumo, bem como se estabeleceu uma política de recuperação de áreas degradadas com a silvicultu-

⁴ BARBOSA, Livia Neves e DRUMMOND, José Augusto. Os direitos da natureza numa sociedade relacional: reflexões sobre uma nova ética ambiental. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, 1994, p.270-271.

⁵ Ilha de Páscoa, Ilhas de Pitcairn e Henderson, Anasazis, Maias, Vikings.

⁶ DIAMOND, Jared. **Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 503.

⁷ BENSUSAN, Nurit. **Conservação da biodiversidade em áreas protegidas**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 12.

⁸ DOUROJEANNI, Marc Jean; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. **Biodiversidade a hora decisiva**. 2. ed. Curitiba: UFPR, p.53-54.

ra e posterior destaque desses espaços para a preservação.⁹ Essas providências impediram que a sociedade japonesa sucumbisse em face da competição por recursos naturais escassos, o que entremostrou a adequação da medida para a proteção da natureza e de seus recursos.

A perspectiva transcendental da relação do homem com a natureza também culminou na preservação de espaços naturais considerados espiritualmente relevantes, como se procedeu com a criação de florestas sagradas na Rússia.¹⁰

Por outro lado, parques de caça, em especial na Idade Média, tornaram-se bastante comuns, a demonstrar o conhecimento, já naquela época, da necessidade de se manejar adequadamente as espécies com a finalidade de se prevenir sua extinção.

Até o século XIX, portanto, os espaços “ambientais” abarcavam basicamente espaços reservados para a caça ou para cultos religiosos. A concepção de parques nacionais, na forma como conhecida hodiernamente, ou seja, para conservação de paisagens naturais, foi materializada apenas em 1872, nos Estados Unidos. Nesse aspecto, também se privilegiaram paisagens sublimes, de rara beleza cênica, em que se verifica, ainda, a influência da transcendentalidade da relação do homem com a natureza.

Nesse escopo, prospectou-se nos Estados Unidos a pretensão do destaque de uma área de preservação ambiental para contemplação e desfrute da população. Lá foi criado, com ineditismo, o Parque Nacional de Yellowstone, que inaugura a ideia moderna de preservação de áreas intocadas.

Escritores, poetas e artistas plásticos contribuíram para o enaltecimento da natureza e para a percepção da necessidade de proteção ambiental de paisagens cênicas.¹¹ O pintor e retratista George Catlin, em suas viagens de registro de cenários naturais e da vida do índio norte-americano, sensibilizou-se para a necessidade de proteger, da expansão para o Oeste, o objeto de inspiração de seu trabalho. Desse modo, conduziu a bandeira da preservação da civilização indígena, da vida silvestre e das paisagens naturais.¹² Em uma de suas reflexões, trouxe

⁹ DIAMOND, Jarhed. Idem, p.363-369.

¹⁰ BENSUSAN, Nurit. Idem, p.12.

¹¹ O'BRIEN, Bob R. **Our National Parks and the search for sustainability**. Austin: University of Texas Press, 1999, p.20.

¹² Disponível em: <<http://usparcs.about.com/library/weekly/aa012598.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2011.

à lume a ideia da criação de um “parque da nação”,¹³ como política de proteção ambiental. O termo viria depois a ser consagrado na versão de parque nacional.

Esse movimento que conduziu à instituição dos primeiros parques nacionais, deve-se observar, tem como razão inicial para sua concepção o crescimento populacional e o incremento da demanda por recursos naturais, advindos da revolução industrial, e que marcam a contestação do paradigma, antes prevalente, da natureza inesgotável.

Nessa perspectiva, delineiam-se nos Estados Unidos, ainda no final do século XIX, duas correntes ambientais: a preservacionista, liderada por John Muir, e a conservacionista, que tinha à frente Gifford Pinchot.¹⁴ Esta advogava a tese de que era possível a utilização racional dos recursos nacionais, com vistas a harmonizar a exploração econômica dos bens e a manutenção da qualidade do meio ambiente. A primeira, por seu turno, pregava a ideia romântica de que seria necessário, para efetiva proteção do meio ambiente, delimitar espaços em que fossem vedados a exploração e o uso de recursos naturais. A discussão, à época, foi permeada pela concepção de parques nacionais.

Na preponderância do raciocínio preservacionista, foi criado o já mencionado Parque Nacional de Yellowstone, a que se seguiram, o Parque Nacional Mackinack, em 1875, que foi transformado em parque estadual em 1895, o Royal National Park, na Austrália, em 1879, os parques nacionais de Banff¹⁵ (Canadá), em 1885, e de Yosemite (Califórnia, Estados Unidos), em 1890. Desde então, a prática foi difundida mundialmente, com adaptações, mas com a permanência do núcleo duro de uma área de beleza cênica para a contemplação, recreação e educação ambiental.¹⁶

Verifica-se, portanto, que a concepção dos parques nacionais esteve presente nas primeiras considerações ambientais, ainda mesmo quando o movi-

¹³ “by some great protecting policy of government . . . in a magnificent park A nation's park, containing man and beast, in all the wild and freshness of their nature's beauty”. Disponível em: <<http://history1800s.about.com/od/americanoriginals/a/catlin-national-parks.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2011.

¹⁴ BARBOSA, Livia Neves; DRUMMOND, José Augusto. Os direitos da natureza numa sociedade relacional: reflexões sobre uma nova ética ambiental. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, 1994, p. 268.

¹⁵ Disponível em: <http://www.pc.gc.ca/progs/np-pn/index_e.asp>. Acesso em 30 jul. 2011.

¹⁶ GASTAL, Maria Luiza; SARAGOUSSI, Muriel. Os instrumentos para conservação da biodiversidade In: BENSUSAN, Nurit (Org.). **Seria melhor mandar ladrilhar?** Biodiversidade: como, para que e por quê. 2. ed. São Paulo: Peirópolis; Brasília: UnB, 2008, p. 44.

mento ambientalista não se materializava em normas ou em políticas públicas propriamente ditas.

O movimento ambientalista consolidou-se nos Estados Unidos e na Europa no final do século XIX e oscilou entre políticas e ideias conservacionistas e preservacionistas.

No âmbito do pensamento preservacionista e com intento de uniformizar os objetivos e características dos parques nacionais, foi realizada, em 1933, a Convenção para a Preservação da Flora e Fauna, em Londres, ocasião em que foram definidas três peculiaridades inerentes aos parques nacionais: presença do Estado, área destinada à preservação da fauna e flora ou de objetos de interesses geológicos, estéticos ou arqueológicos e espaço aberto à visitação.¹⁷

As décadas de 1940 a 1960 do século XX, marcadas pela internacionalização de grandes desastres ambientais, foram propícias à criação de órgãos ambientais relevantes, com destaque para a União Internacional para a Proteção da Natureza (UIPN), em 1948, transformada, em 1956, em União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), e para o Fundo Mundial para a Natureza (WWF), em 1961, que também se imiscuíram nas discussões e orientações acerca da criação e da gestão de parques nacionais e de outras espécies de áreas protegidas.

A produção científica contribuiu para essa nova fase, à medida que tratou da inerente dependência do homem aos recursos naturais e dos impactos negativos que a degradação ambiental implica para a vida humana. Nesse contexto, apelou-se para a necessidade de adotar medidas para conter e moderar os impactos humanos sobre o meio ambiente natural.¹⁸

O Relatório da pesquisa encomendada pelo Clube de Roma, denominado “*Limites do Crescimento*”, também conhecido como Relatório Meadows, que suscitou acirradas discussões durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972, na cidade de Estocolmo, trouxe uma previsão pessimista no que toca à relação do homem com o meio ambiente e ao iminente colapso do sistema de crescimento da população e do capital.¹⁹

¹⁷ Disponível em: <<http://fletcher.tufts.edu/multi/texts/BH142.txt>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

¹⁸ CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010, p. 65.

¹⁹ MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L. et al. **Limites do crescimento**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1976, p.124-141.

Delineou-se a concepção de que a tecnologia teria condão de aliviar os sintomas do problema, mas não poderia evitá-lo.²⁰ Para tanto, imperaria a premência de mudanças para limitar o crescimento e a açodada exploração dos recursos naturais disponíveis, inclusive com mecanismos de preservação da natureza.

A realização da Conferência de Estocolmo definitivamente incluiu a questão ambiental na agenda internacional, elevou o direito ao meio ambiente equilibrado à categoria de direito fundamental e contemplou considerações sobre as áreas protegidas, cujo conceito ainda era centrado na ideia de parques nacionais.

O tema de áreas protegidas ganhou ainda mais relevância com a centralidade assumida pela bandeira de conservação de biodiversidade, a qual foi instrumentalizada, no âmbito internacional, com a Convenção de Diversidade Biológica, aberta para adesão por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada no Rio de Janeiro, em 1992.

Para lastrear as discussões desse evento, foi elaborado o Relatório “*Nosso Futuro Comum*”, coordenado pela Primeira-Ministra da Noruega, Gro Brundtland, publicado em 1987. Os escritos, apesar de mais otimistas do que o Relatório Meadows, dão conta da rápida degradação ambiental e do risco iminente de exaurimento dos recursos naturais, ao que apela para a necessidade de conservação da natureza e da biodiversidade.²¹ E a principal estratégia para conservação da biodiversidade²² repousa na criação de áreas especialmente protegidas.

Com isso, o objetivo primordial dos parques nacionais passou a ser a conservação da biodiversidade, agregando-se a ele outras finalidades correlatas, tais como a proteção de outras espécies de recursos naturais, a contemplação da natureza, a recreação ecológica e a educação ambiental. A criação e delimitação de parques nacionais, ainda que não efetivamente implementadas, servem, nessa esteira, à conservação de ecossistemas e espécies, especialmente no que toca ao desestímulo ao desmatamento.²³ A redução das taxas de desmatamento tem, por

²⁰ *Ibidem*, p. 151

²¹ ONU. Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 1986, p. 168. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/ocf-06.htm#VIII>,>. Acesso em: 29 jul.2011.

²² A biodiversidade, conforme o conceito cunhado na Convenção sobre Diversidade Biológica, refere-se à variabilidade dentro de uma mesma espécie, à variedade de espécies e, ainda, à diversidade de paisagens.

²³ BENSUSAN, Nurit. **Conservação da biodiversidade em áreas protegidas**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 36.

sua vez, revelado-se como uma das providências mais eficazes para contornar as preocupações com as mudanças do clima.²⁴

A história recente demonstra a importância dos parques nacionais para conter o avanço da exploração econômica da terra. Em Ruanda, nos idos de 1970, quando do *boom* populacional sobrevivendo após a independência e a manutenção do modo tradicional de produção agrícola, as únicas áreas que restaram preservadas do avanço agropastoril foram os parques nacionais.²⁵

O contraste de desenvolvimento econômico e social da República Dominicana em comparação com o vizinho Haiti também pode, em parte, ser imputado ao fortalecimento do sistema de áreas protegidas do primeiro país.²⁶ As medidas lá adotadas garantiram um estoque de recursos naturais e evitaram o esgotamento das reservas, preservando-se a população da disputa por elas.

Atualmente, a UICN monitora os parques nacionais e fornece apoio científico, estudos técnicos e diretrizes que podem auxiliar os países na sua criação e implementação. A recomendação da UICN é de que os parques nacionais sejam estabelecidos em áreas onde os ecossistemas não tenham sido ainda afetados pela exploração e ocupação humana.²⁷

O crescente interesse sobre a diversidade biológica e a preocupação de desacelerar a velocidade e os prejuízos de sua perda implicaram no incremento, para além dos parques nacionais, de outras categorias de áreas protegidas, que visam, dentre outras finalidades, também à conservação da biodiversidade,²⁸ as quais contemplam espaços para pesquisa, áreas com ocupação humana, exploração econômica sustentável etc.

²⁴ LOVELOCK, James. **A vingança de gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006, p.66.

²⁵ DIAMOND, Jared. **Colapso**: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 387.

²⁶ Idem, p.400-401.

²⁷ Disponível em:<http://www.iucn.org/about/work/programmes/pa/pa_what/>. Acesso em: 31 jul. 2011.

²⁸ TERBORGH John; VAN SCHAIK, Carel. Why the world needs parks. In: TERBORGH et all. (Org.). **Making parks work**: strategies for preserving tropical nature. Washington: Island Press, 2002, p. 4.

1.2 OS PARQUES NACIONAIS E A EVOLUÇÃO DA QUESTÃO AMBIENTAL NO BRASIL

No plano nacional, a história relata que somente nos idos de 1930 delineavam-se normas de considerações ambientais. Há registros, no período colonial, de regulamentos cujo objeto envolvia recursos ou áreas naturais, sem que a finalidade fosse a preservação deles, mas a garantia de interesses econômicos de Portugal.²⁹

O Código das Águas³⁰ e o Código Florestal,³¹ ambos de 1934, representam um marco na legislação nacional ambiental, por inaugurarem o controle do poder público federal sobre a exploração de recursos naturais.

É no Código Florestal de 1934 que repousa o primeiro fundamento normativo brasileiro para criação de áreas especialmente protegidas. No diploma, as florestas foram classificadas em categorias, dentre as quais figurava a de florestas remanescentes que, pelo conceito, abarcaria as florestas de parques nacionais.³² É o primeiro veículo que faz referência a essa categoria³³ e que a enquadra em um gênero de proteção especial, qual seja, a de preservação permanente. Vislumbra-se, portanto, que em um texto de cunho eminentemente produtivista, enxertou-se um dispositivo de viés preservacionista. Referida ambiguidade, conservacionista x preservacionista, vai acompanhar, pelas décadas seguintes, o desenvolvimento da atividade legislativa e das medidas administrativas brasileiras na área ambiental.³⁴

Não obstante a controvérsia interna da norma, o art. 9º do Código Florestal, de 1934, lastreou a criação dos dezesseis primeiros parques nacionais brasileiros. O Parque Nacional de Itatiaia, criado em 1937, encabeçou a lista.

²⁹ DRUMMOND, José Augusto. A legislação ambiental brasileira de 1934 a 1988: comentários de um cientista ambiental simpático ao conservacionismo. **Ambiente e sociedade**, Ano II, n. 3 e 4, 2º semestre de 1988 e 1º semestre de 1989, p. 128. .

³⁰ **Decreto n. 24.463**, de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

³¹ **Decreto n. 23.793**, de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

³² Art. 5º Serão declaradas florestas remanescentes:

a) as que formarem os parques nacionais, estaduais ou municipais

³³ Art. 9º Os parques nacionais, estaduais ou municipais, constituem monumentos públicos naturais, que perpetuam em sua composição florística primitiva, trechos do país, que, por circunstâncias peculiares, o merecem.

§ 1º É rigorosamente proibido o exercício de qualquer espécie de actividade contra a flora e a fauna dos parques.

³⁴ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

O primeiro órgão responsável pela gestão dos parques nacionais, o Serviço Federal Florestal, não foi especificamente destinado a essa atribuição, mas acabou por assumi-la.³⁵ A situação demonstra a precariedade da ação estatal no efetivo manejo das áreas protegidas, situação que perdurará nos anos vindouros.

Com o advento do atual Código Florestal,³⁶ em 1965, após dezessete anos de tramitação no Congresso Nacional, manteve-se a figura dos parques nacionais e a sua vocação à proteção integral.³⁷ Ao Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF),³⁸ entidade criada em 1967, foram destinadas competências para gerir políticas de cunho conservacionista (exploração de recursos florestais) e preservacionista (parques nacionais).

O manejo de parques nacionais parece ter sido relegado a segundo plano no âmbito das densas atribuições do IBDF. No entanto, o Decreto n. 84.017,³⁹ de 1979, aprovou o regulamento dos parques nacionais e norteou a sua gestão. O Decreto está vigente até a presente data e apresenta relevantes elementos para o desenvolvimento das medidas de criação, de implementação e de manejo da categoria de área protegida.

A norma de criação da Secretaria Especial para o Meio Ambiente (SEMA),⁴⁰ em 1973, destinou ao órgão a instituição e o manejo de duas tipologias de áreas protegidas: as estações ecológicas e as áreas de proteção ambientais (APA).

³⁵ DRUMMOND, José Augusto, A legislação ambiental brasileira de 1934 a 1988: comentários de um cientista ambiental simpático ao conservacionismo. **Ambiente e sociedade**, Ano II, n. 3 e 4, 2º semestre de 1988 e 1º semestre de 1989, p. 134.

³⁶ **Lei n. 4.771**, de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

³⁷ Art. 5º O Poder Público criará:

a) Parques Nacionais, Estaduais e Municipais e Reservas Biológicas, com a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos; [...]

Parágrafo único. Ressalvada a cobrança de ingresso a visitantes, cuja receita será destinada em pelo menos 50% (cinquenta por cento) ao custeio da manutenção e fiscalização, bem como de obras de melhoramento em cada unidade, é proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos parques e reservas biológicas criados pelo poder público na forma deste artigo.

³⁸ **Decreto-Lei n. 289**, de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0289.htm>. Acesso em: 29 jul. 2011.

³⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84017.htm>. Acesso em: 30 jul. 2011.

⁴⁰ **Decreto n. 73.030**, de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84017.htm>. Acesso em: 30 jul. 2011.

A primeira englobava a possibilidade de pesquisas científicas e a segunda objetivava controlar áreas em que a ação antrópica já estava consolidada.

A Política Nacional de Meio Ambiente,⁴¹ instituída pela Lei n. 6.938/81, também contemplou as reservas ecológicas e as áreas de relevante de interesse ecológico como categorias de espaços territoriais especialmente protegidos.

Desse modo, com a proliferação de normas que cuidavam do tema e com a ausência de um órgão central responsável pelas áreas protegidas, constatou-se um excesso de tipologias e a carência de uniformidade na efetividade da gestão e da implantação de referidos espaços.⁴²

A relevância da temática ambiental e da criação de áreas protegidas foi elevada ao trato constitucional pelo artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil,⁴³ de 1988. A constitucionalização da questão ambiental e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado agregou benefícios de ordem normativa e de cunho substantivo.⁴⁴

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis⁴⁵ (IBAMA), autarquia criada em 1989, a partir da extinção e transferência de patrimônio, recursos orçamentários, extraorçamentários e financeiros, competências, atribuições e pessoal, do IBDF, da SEMA, da SUDEPE (Superintendência de Desenvolvimento da Pesca) e da SUDHEVEA (Superintendência da Borracha),⁴⁶ condensou toda a execução da política federal de meio ambiente. Reproduziu-se a praxe de concentrar as matérias ambientais de orientação de-

⁴¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 31 jul. 2011.

⁴² DRUMMOND, José Augusto. A legislação ambiental brasileira de 1934 a 1988: comentários de um cientista ambiental simpático ao conservacionismo. **Ambiente e sociedade**, Ano II, n. 3 e 4, 2º semestre de 1988 e 1º semestre de 1989, 142p.

⁴³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

⁴⁴ BENAJMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89..

⁴⁵ **Lei n. 7.735**, de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7735.htm>. Acesso em: 29 jul. 2011.

⁴⁶ LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e cultura**: unidades de conservação de proteção integral e população tradicional residente. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

envolvimentista e preservacionista em uma única instância. No entanto, com a medida, pode-se conferir uniformidade⁴⁷ ao trato da criação, implementação e gestão das áreas protegidas federais.

A existência de legislação esparsa e a proliferação de tipologias de áreas protegidas impulsionaram a consolidação normativa do tema, o que culminou, em 2000, após quase uma década de tramitação legislativa, na edição da Lei n. 9.885.⁴⁸ O novel diploma instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) e logrou conferir um conceito jurídico ao termo unidade de conservação.⁴⁹

As unidades de conservação são espécie de espaços territoriais especialmente protegidos, criados por ato do Poder Público e, com isso, retirados do modo de apropriação moderno, destinados, conforme Herman Benjamin, à conservação da biodiversidade, ao aproveitamento público, à pesquisa científica e ao uso econômico sustentável de seus componentes.⁵⁰

Consigne-se que, para a edição da lei, operou-se um esforço hercúleo com vistas a harmonizar as divergências que marcaram as discussões legislativas.⁵¹ Em termos macro, a normatização das unidades de conservação representava uma força contrária ao movimento desenvolvimentista, notadamente pautado, no Brasil, na exploração de recursos naturais.⁵² Por outro lado, internamente às discussões sobre a nova disciplina, registrou-se o embate, já tradicional, entre os preservacionistas e os conservacionistas.⁵³

⁴⁷ BENSUSAN, Nurit. **Conservação da biodiversidade em áreas protegidas**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 19.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em: 30 jul. 2011.

⁴⁹ Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção;

⁵⁰ Introdução à lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 278.

⁵¹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

⁵² DERANI, Cristiane. A estrutura do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. **Revista de Direitos Difusos**, v. 5, 2001, p. 611-612.

⁵³ PEREIRA, Doralice Barros. Paradoxos do papel do Estado nas unidades de conservação. In: ZHOURI, Andera et all. **A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005, p. 124.

Na busca de uma solução conciliatória, as unidades de conservação foram classificadas em duas categorias: de proteção integral e de uso sustentável. A primeira reflete o posicionamento dos preservacionistas ao permitir somente o uso indireto dos recursos naturais encontrados no seu interior. As unidades de conservação de uso sustentável admitem a exploração direta dos recursos naturais, desde que sob o controle do Poder Público e com a observância de limitações. A categoria de uso sustentável busca compatibilizar o equilíbrio da natureza e a proteção da biodiversidade com a utilização sustentável dos recursos.

O parque nacional, como tipologia de unidade de conservação, foi incluído na categoria de proteção integral, na esteira da tradição do instituto, e lhe foi imputada, como objetivo específico, a vocação para as pesquisas científicas e para o desenvolvimento de atividades voltadas à recreação e à educação ambientais e ao turismo ecológico.⁵⁴

Por fim, no que toca às estruturas administrativa e legislativa que aparam os parques nacionais, foi criado, em 2007, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio),⁵⁵ autarquia a que foi atribuída a gestão das unidades de conservação federais. Com a medida, em termos de organização da Administração Pública Federal, foram cindidas as atribuições concernentes a aspectos produtivistas (autorizações e licenças para a exploração de recursos naturais), as competências fiscalizatórias e as destinadas ao incremento dos mecanismos de conservação.⁵⁶

1.3 DADOS ATUAIS DOS PARQUES NACIONAIS NO BRASIL

A criação de parques nacionais se efetiva, normalmente, por intermédio de ato do Poder Executivo, e sua extensão e finalidade somente podem ser alteradas por meio do envolvimento do Poder Legislativo, através de lei específica.

⁵⁴ Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

⁵⁵ **Lei n. 11.516**, de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11516.htm>. Acesso em: 1 ago. 2011.

⁵⁶ O Ministério do Meio Ambiente (MMA) é o órgão da Administração Federal Direta que concentra as temáticas ambientais, notadamente no planejamento das políticas públicas ambientais. A ele estão vinculadas três autarquias (IBAMA, ICMBio e Agência Nacional de Águas – ANA) que executam referidas políticas. Do MMA consta, ainda, um órgão setorial, o Serviço Florestal Brasileiro, em processo de autarquização, responsável pela concessão das Florestas Nacionais.

O Brasil registra, desde o Parque Nacional de Itatiaia, instituído em 1937, a criação de sessenta e sete parques nacionais, que cobrem 23.834.532,20 hectares de áreas terrestre e marinha.⁵⁷

O maior desafio do SNUC é a sua efetiva implantação, não somente no que se refere à regularização fundiária,⁵⁸ senão, mormente no que concerne ao alcance das finalidades específicas de cada unidade de conservação.⁵⁹ O histórico demonstra que raros são os casos em que a criação normativa de parques nacionais vem acompanhada da previsão orçamentária para se proceder à sua regularização fundiária e à sua real implantação.⁶⁰ Assim, há de se atentar que a responsabilidade do Poder Público é não só de criar referidas unidades, mas de manter tais espaços e viabilizar que atinjam a finalidade para a qual foram instituídos.⁶¹

O registro de que apenas trinta e um parques nacionais brasileiros,⁶² do total de sessenta e sete, estão abertos à visitação entremostra as dificuldades estruturais encontradas na viabilização do uso público dessas unidades.⁶³ Captar recursos para implementação dos objetivos dos parques nacionais e promover sua gestão participativa são ações fundamentais para garantir a eficácia da Lei no 9.985/2000.

2 PARQUES NACIONAIS, USO PÚBLICO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: NOVAS PERSPECTIVAS

Não obstante a concepção dos parques nacionais tenha permeado a evolução do movimento ambientalista, a previsão de instrumentos para sua efetivação

⁵⁷ Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/images/stories/comunicacao/downloads/dados_gerais_unidades_de_conservacao_out_2010.pdf> Acesso em: 02 ago. 2011.

⁵⁸ SANTOS, Saint-Clair Honorato. **Direito ambiental: unidades de conservação, limitações administrativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 91.

⁵⁹ SANTILLI, Juliana. Unidades de conservação da natureza, territórios indígenas e de quilombolas: aspectos jurídicos. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veigas; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency (Coord.). **O direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 174.

⁶⁰ DOUROJEANNI, Marc Jean; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. **Biodiversidade a hora decisiva**. 2.ed. Curitiba: UFPR, 2007, p. 85.

⁶¹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Desapropriações ambientais na Lei nº9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

⁶² Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/o-que-fazemos/visitacao/programa-turismo-nos-parques>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

⁶³ PÁDUA, Maria Tereza Jorge. Unidades de conservação muito mais do que atos de criação e planos de manejo. In: MILANO, Miguel Seređiuk. **Unidades de conservação: atualidades e tendências**. Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza, 2002, p. 6.

e o desenvolvimento da temática ambiental na legislação e na organização administrativas, é de se reconhecer que a ideia original de área de preservação não permaneceu estática. E nem poderia. Não só foram elaboradas outras tipologias, como também os parques nacionais precisaram adaptar-se, sem se desconfigurar, ao novo contexto ambiental, econômico e social.

2.1 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Conforme delineado nas considerações já apresentadas, a temática ambiental foi fortemente marcada pela realização das Conferências das Nações Unidas em Estocolmo (1972) e no Rio de Janeiro (1992).

O Relatório Limites do Crescimento, que embasou as discussões em Estocolmo, era bastante pessimista no que concerne às perspectivas de subsistência da vida humana. Mantidos os índices de aumento populacional e crescimento econômico verificados à época, o esgotamento dos recursos naturais era uma consequência inexorável. As conclusões do Relatório levaram ao surgimento de uma corrente que pregava o crescimento zero como forma de evitar o colapso da humanidade.⁶⁴ A tese levaria à manutenção do *status quo* de riqueza dos países desenvolvidos e de consolidação da situação de pobreza e miséria dos países do Eixo Sul.⁶⁵

Tencionaram-se os posicionamentos dos países em desenvolvimento, cuja visão da problemática ambiental centrava-se em perspectiva histórica⁶⁶ e dos países desenvolvidos. Os países do Sul imputavam a responsabilidade pela degradação ambiental e a suposta inviabilidade de crescimento aos países desenvolvidos. Esses, por sua vez, em uma compreensão focada no futuro em longo prazo, responsabilizavam também os países em desenvolvimento pelo seu crescimento populacional alarmante.

O impasse foi contornado com a proposta de ecodesenvolvimento,⁶⁷ sugerida pelo secretário-geral da Conferência de Estocolmo, Maurice Strong, como

⁶⁴ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 52.

⁶⁵ MILARÉ, Édis. **Direto do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 59-60.

⁶⁶ CHICHILNISKY, Graciela. Sustainable development and North-South trade. In: GURUSWAMY, L. D.; MCNEELY, J. A. (Org.). **Protection of global diversity: converging strategies**. Durham e Londres: Duke University Press, 1998, p.103.

⁶⁷ LAYRARGUES, Philippe Pomier. **Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito?** Disponível em: <http://material.nerea-investiga.org/publicacoes/user_35/FICH_ES_32.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2011. 3p.

forma de viabilizar a realização do evento. O tema introduzido era um intento de compatibilizar o desenvolvimento com o equilíbrio e proteção ambientais.⁶⁸

A partir de então, foram robustecidas as discussões acerca de novos mecanismos de desenvolvimento econômico e sua harmonização com a proteção ambiental e o uso racional dos recursos naturais,⁶⁹ cunhando-se o viés da sustentabilidade ambiental do crescimento. Nessa esteira, a concepção de desenvolvimento não mais se reduz ao crescimento econômico,⁷⁰ medido com exclusividade por índices econômicos, mas incorpora a dimensão ambiental.

Essa ideia foi retratada no Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), que adotou a nomenclatura de desenvolvimento sustentável, utilizada inicialmente pelo documento *Estratégia Mundial para a Conservação*, publicado em 1980. O Relatório Brundtland, contudo, foi o primeiro texto a conceituar desenvolvimento sustentável, como aquele que deve garantir que sejam atendidas as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade de as gerações futuras também atenderem as suas.⁷¹

Essa espécie de desenvolvimento agregou novos elementos de sustentabilidade e passou a se assentar na relevância social, prudência ecológica e na viabilidade econômica.⁷² A incorporação inovadora do viés social resulta da compreensão de que a pobreza é fator de degradação ambiental, que deve ser superada, e de que o homem necessariamente está inserido no meio ambiente.⁷³

Com esse enfoque, inaugurou-se o movimento socioambientalista, o qual reafirma a indissociabilidade da presença humana e inexorável partici-

⁶⁸ FRANCO, José Luiz de Andrade. Natureza no Brasil: ideias, políticas e fronteiras. In: SILVA, Luiz Sérgio Duarte (Org.). **Relações cidade-campo: fronteiras**. Goiânia: UFG, 2000, p.102-103.

⁶⁹ Guimarães, Roberto P. Desenvolvimento sustentável: da retórica à formulação de políticas públicas. In: BECKER, Bertha K.; MIRANDA, Mariana (Org.). **A geografia polícia do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro, 1997, p.15.

⁷⁰ CALVALCANTI, Clóvis. Uma introdução à economia ecológica. In: MOURA, Alexandrino Sobreira de (Org.). **Políticas públicas e meio ambiente: da economia política às ações setoriais**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2009, p.31.

⁷¹ ONU. Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 1986, p. 9. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-06.htm#VIII>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

⁷² SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 35.

⁷³ ONU. Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**, 1986, p. 10-46. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-06.htm#VIII>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

pação social nas questões ambientais.⁷⁴ Verifica-se uma leve contraposição do movimento socioambientalista a unidades de conservação de proteção integral,⁷⁵ uma vez que essa categoria não permite a presença de populações residentes e pressupõe a retirada de eventuais grupos que ali residam quando do ato de criação.

No entanto, há de se considerar que a efetiva proteção de biodiversidade somente será alcançada se forem diversificados os instrumentos para tanto. As estratégias de áreas protegidas, como medidas de conservação da diversidade biológica, devem encampar tanto as que permitem o uso direto dos recursos naturais, como aquelas de proteção integral.⁷⁶

Ademais, os parques nacionais e as demais tipologias de unidades de conservação que vedam o uso direto de recursos naturais não excluem a possibilidade e a necessidade de que as comunidades do interior e do entorno sejam envolvidas no processo de sua governança. Há diversos mecanismos que permitem essa compreensão.

2.2 VIABILIZAÇÃO DO USO PÚBLICO E TURISMO ECOLÓGICO

A Lei do SNUC propôs para os parques nacionais o objetivo de conciliar a proteção integral da fauna, da flora e das belezas naturais com a utilização para fins educacionais, recreativos e científicos.⁷⁷ Nesse diapasão, os parques nacionais comportam o turismo ecológico,⁷⁸ o qual deve submeter-se às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo⁷⁹ e deve servir de instrumento à disseminação da educação ambiental, à geração de renda para a manutenção da unidade e ao desenvolvimento da economia do seu entorno.⁸⁰ Nesse sentido,

⁷⁴ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 34.

⁷⁵ Idem, p. 113.

⁷⁶ DOUROJEANII, Marc Jean ; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. **Biodiversidade a hora decisiva**. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2007, p.161-162.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.240.

⁷⁸ O turismo ecológico envolve visitação, ambientalmente responsável, a áreas naturais pouco alteradas, para desfrute e apreciação da natureza e de seus aspectos culturais. A nomenclatura costuma ser mencionada como sinônimo de ecoturismo. Esse e o turismo de aventura, contudo, tem um maior apelo às atividades praticadas.

⁷⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 116.

⁸⁰ LEUZINGER, Márcia Dieguez. Turismo, unidades de conservação e biodiversidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman et alli (Org.). **Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia**. Vol. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 366.

o Ministério do Meio Ambiente elencou como princípios para a visitaç o em unidades de conserva o:

[...]

b. A visita o   instrumento essencial para aproximar a sociedade da natureza e despertar a consci ncia da import ncia da conserva o dos ambiente e processos naturais, independentemente da atividade que se est  praticando na Unidade de Conserva o.

[...]

e. O desenvolvimento das atividades de visita o requer a exist ncia de infra-estrutura m nima, conforme previsto nos instrumentos de planejamento da Unidade de Conserva o.

f. A visita o   uma alternativa de utiliza o sustent vel dos recursos naturais e culturais.

[...]

h. A visita o deve contribuir para a promo o do desenvolvimento econ mico e social das comunidades locais.⁸¹

O Decreto n  84.017/79, que disp e acerca do regulamento dos parques nacionais, trata do uso p blico em diversos dispositivos, mormente nos artigos 30 a 37, em que se descrevem atividades e servi os que devem estar   disposi o do visitante para que os parques nacionais cumpram a sua fun o recreativa e educacional. Apesar de causarem impactos ambientais,⁸² as atividades de recrea o e servi os voltados ao turismo ecol gico t m gerado diversos benef cios, dentre os quais se podem citar: a educa o ambiental, o lazer, o despertar dos cidad os para a import ncia da conserva o da biodiversidade, a arrecada o de receita para a unidade de conserva o, o desenvolvimento para o entorno do parque, renda para a popula o das imedia es e o envolvimento popular na tem tica ambiental. Com vistas a conciliar a visita o com a prote o da biodiversidade, imperioso que haja planejamento e estudos de viabilidade da estrutura de uso p blico.

⁸¹ BRASIL. Minist rio do Meio Ambiente, Secretaria de Biodiversidade e Florestas, Departamento de  reas Protegidas. **Diretrizes para visita o em unidades de conserva o**. 4. ed. Bras lia, 2008, p. 13.

⁸² RODRIGUES, Camila. **O uso p blico em parques nacionais: a rela o entre as esferas p blica e privada na apropria o da biodiversidade**. Tese de Doutorado. Centro de Desenvolvimento Sustent vel, Universidade de Bras lia, 2009, p. 34.

Ante a deficiência administrativa na efetiva implementação dos parques nacionais,⁸³ o incremento do seu uso público não só possibilita alcançar a finalidade legal para a qual foram criados, mas também propicia meios de garantir sua sustentabilidade financeira.⁸⁴ A participação privada na viabilização do uso público pode, nesse passo, implicar no efetivo aprimoramento qualitativo dos serviços disponibilizados nos parques nacionais.⁸⁵

Ademais, o real cumprimento da vocação para o turismo ecológico implicará no desenvolvimento da economia do seu entorno com a demanda por pousadas, restaurantes, comércio e outros serviços.⁸⁶ O efeito é estratégico na medida em que tende a afastar o descontentamento das populações residentes nas imediações do parque ao proporcionar meios para o seu desenvolvimento econômico. Com isso, a população se sentirá envolvida no processo de governança da unidade e buscará aumentar sua participação no planejamento e na tomada de decisão.

O incentivo ao turismo e o aumento no fluxo de visitantes pode, portanto, figurar como mecanismo que promova um desenvolvimento inclusivo e endógeno.⁸⁷

O crescimento do segmento do ecoturismo, que repousa suas bases no sistema de unidades de conservação, consubstancia um fio para o crescimento e o fortalecimento do SNUC.⁸⁸ Registre-se que o ICMBio estabeleceu o Programa Turismo nos Parques com o objetivo de fortalecer a implantação de estruturas de uso público e de incentivar o turismo ecológico nos parques nacionais.⁸⁹

⁸³ BRITO, Maria Cecília Wey de. **Unidades de conservação: intenções e resultados**. 2. ed. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2003, p. 77 - 147.

⁸⁴ Através da cobrança de ingressos, da tendência ao aumento no número de visitantes, da contrapartida que o particular recolha ao Estado, dentre outras medidas.

⁸⁵ WIEDMANN, Sônia Maria Pereira. In: MILANO, Miguel Serediuk (Org.). **Unidades de conservação: atualidades e tendências**. Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza, 2002, p. 116 .

⁸⁶ BENSUSAN, NURIT. **Conservação da biodiversidade em áreas protegidas**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 50.

⁸⁷ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p.16.

⁸⁸ DOUROJEANII, Marc Jean; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. **Biodiversidade a hora decisiva**. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2007, p. 111.

⁸⁹ Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/o-que-fazemos/visitacao/programa-turismo-nos-parques>> Acesso em: 09 ago. 2011.

Precedentemente a essa política, o Decreto n. 86.176,⁹⁰ de 1981, previu a possibilidade de a EMBRATUR instituir áreas especiais de interesses turísticos e sítios de interesse turístico, os quais podem se materializar em corredores em torno de unidades de conservação. Não obstante não haja o registro da criação de áreas com esse escopo, a norma ainda está vigente e poderá ser invocada com vistas ao desenvolvimento do turismo ecológico, no curso de política pública que envolva agentes das áreas ambiental e do turismo.

É instrumento, ainda, para que o país, que concentra a maior riqueza em biodiversidade no planeta, desenvolva atividades econômicas que incorporem critérios ambientais e não sejam pautadas na exploração intensiva de recursos naturais e de mão de obra.⁹¹ O selo e os serviços de parque nacional têm um forte apelo turístico e se dispõem também à promoção da imagem ambientalmente correta do Brasil no exterior.

O uso público deve, porém, ser devidamente planejado a fim de compensar os impactos negativos que traz para a preservação da biodiversidade.⁹² Ou seja, a vocação dos parques nacionais para o turismo poderá propiciar uma fonte de recursos financeiros, os quais poderão garantir a sustentabilidade econômica da unidade e, assim, resguardar o escopo central de proteção da biodiversidade; todavia, essa mesma diversidade biológica poderá ser afetada pelo uso público, caso não seja realizada gestão adequada e bem planejada.

Por outro lado, a efetiva implementação de parques nacionais viabilizará o aplacamento de preocupações ambientais da atualidade, tais como as mudanças climáticas e a incorporação da participação social na gestão do meio ambiente.

CONCLUSÃO

Apresentado, em termos gerais, o quadro da evolução das discussões acerca da questão ambiental, verifica-se a constante presença das áreas protegidas como mecanismo para evitar a degradação ambiental, garantir estoque de recursos naturais e conservar a biodiversidade.

⁹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D86176.htm>. Acesso em: 09 ago. 2011.

⁹¹ CHICHILNISKY, Graciela. Sustainable development and North-South trade. In: GURUSWAMY, L. D.; MCNEELY, J. A. (Org.). **Protection of global diversity: converging strategies**. Durham e Londres: Duke University Press, 1998, p. 115.

⁹² RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Op. cit., p. 125.

Nesse passo, impende que a gestão e concepção dos parques nacionais acompanhem a evolução do tema ambiental, com vistas a fortalecer referida estratégia de conservação da diversidade biológica e demais recursos ambientais. Necessário, pois, que seja aprimorada a ferramenta de visitação das referidas áreas protegidas, estratégia que conduz à educação ambiental e embasa o financiamento do dever público de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e para as futuras gerações, referido no comando inserto no art. 225 da CF/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Livia Neves; DRUMMOND, José Augusto. Os direitos da natureza numa sociedade relacional: reflexões sobre uma nova ética ambiental. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes ; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 278.

BENSUSAN, Nurit. **Conservação da biodiversidade em áreas protegidas**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BRITO, Maria Cecília Wey de. **Unidades de conservação: intenções e resultados**. 2. ed. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2003.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010.

CALVALCANTI, Clóvis. Uma introdução à economia ecológica. In: MOURA, Alexandrino Sobreira de (Org.). **Políticas públicas e meio ambiente: da economia política às ações setoriais**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2009.

CHICHILNISKY, Graciela. Sustainable development and North-South trade. In: GURUSWAMY, L. D.; MCNEELY, J. A. (Org.). **Protection of global diversity: converging strategies**. Durham e Londres: Duke University Press, 1998.

DERANI, Cristiane. A estrutura do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. **Revista de Direitos Difusos**, v. 5, 2001.

DIAMOND, Jared. **Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

DOUROJEANNI, Marc Jean; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. **Biodiversidade a hora decisiva**. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2007.

DRUMMOND, José Augusto. A legislação ambiental brasileira de 1934 a 1988: comentários de um cientista ambiental simpático ao conservacionismo. **Ambiente e sociedade**, Ano II, n. 3 e 4, 2º semestre de 1988 e 1º semestre de 1989.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Desapropriações ambientais na Lei nº 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FRANCO, José Luiz de Andrade. Natureza no Brasil: ideias, políticas e fronteiras. In: SILVA, Luiz Sérgio Duarte (Org.). **Relações cidade-campo: fronteiras**. Goiânia: UFG, 2000.

GASTAL, Maria Luiza; SARAGOUSSI, Muriel. Os instrumentos para conservação da biodiversidade. In: BENSUSAN, Nurit (Org.). **Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para que e por quê**. 2. ed. São Paulo: Peirópolis; Brasília: UnB, 2008.

GUIMARÃES, Roberto P. Desenvolvimento sustentável: da retórica à formulação de políticas públicas. In: BECKER, Bertha K.; MIRANDA, Mariana (Org.). **A geografia política do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro, 1997.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. **Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito?** Disponível em: <http://material.nerea-investiga.org/publicacoes/user_35/FICH_ES_32.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2011.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Turismo, unidades de conservação e biodiversidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman et alli (Org.). **Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia**. Vol. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

_____. **Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LOVELOCK, James. **A vingança de gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L. et all. **Limites do crescimento**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1976.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O'BRIEN, Bob R. **Our National Parks and the search for sustainability**. Austin: University of Texas Press, 1999.

ONU. Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 1986, p. 168. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-06.htm#VIII>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

PÁDUA, Maria Tereza Jorge. Unidades de conservação muito mais do que atos de criação e planos de manejo. In: MILANO, Miguel Serediuk. **Unidades de conservação: atualidades e tendências**. Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza, 2002.

PEREIRA, Doralice Barros. Paradoxos do papel do Estado nas unidades de conservação. In: ZHOURI, Andera et all. **A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

RODRIGUES, Camila. **O uso público em parques nacionais: a relação entre as esferas pública e privada na apropriação da biodiversidade**. Tese de Doutorado. Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, 2009.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

_____. **Desenvolvimento includente, sustentável sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTILLI, Juliana. Unidades de conservação da natureza, territórios indígenas e de quilombolas: aspectos jurídicos. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veigas; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguene (Coord.). **O direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

_____. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Saint-Clair Honorato. **Direito ambiental: unidades de conservação, limitações administrativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TERBORGH, John; VAN SCHAIK, Carel. Why the world needs parks. In: TERBORGH et all. (Org.). **Making parks work: strategies for preserving tropical nature**. Washington: Island Press, 2002.

WIEDMANN, Sônia Maria Pereira. In: MILANO, Miguel Serediuk (Org.). **Unidades de conservação: atualidades e tendências**. Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza, 2002.

DANO MORAL AMBIENTAL

Paulo Campanha Santana¹

Márcia Dieguez Leuiznger²

Resumo: O presente artigo visa analisar, à luz da doutrina e da jurisprudência, a responsabilidade civil por danos morais causados por degradação ao meio ambiente, enfrentando, para tanto, as divergências que se apresentam sobre a matéria.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Danos ao meio ambiente. Dano moral ambiental.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o mundo tem sido expectador da crescente degradação do meio ambiente e do esgotamento dos recursos naturais, da extinção de espécies, do desequilíbrio dos ecossistemas, do aquecimento global, da elevação do nível dos mares, do desmatamento de florestas e da poluição do ar, entre outros.

Para se contrapor às tragédias decorrentes dos danos causados ao meio ambiente, a comunidade internacional tem celebrado tratados e convenções na busca de um meio ambiente equilibrado, essencial a uma sadia qualidade de vida.

Para tanto, dentro de um contexto evolutivo, o Brasil tem elaborado normas com o objetivo de preservar o meio ambiente, não só para as gerações presentes como para as futuras. Essa base normativa busca não apenas a conservação do ambiente natural, mas também a responsabilização do causador dos danos ambientais.

¹ Professor de graduação e pós-graduação em Direito. Graduado em Direito e em Ciências Militares, pós-graduado em Língua Portuguesa, em Direito Público e em Direito Tributário. Mestre em Operações Militares e mestrando em Direito e Políticas Públicas.

² Procuradora do Estado do Paraná, Mestre em Direito e Estado e doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília - UnB, professora de Direito Ambiental da graduação e do mestrado em Direito do Centro universitário de Brasília - UniCEUB.

Nesse contexto, o presente trabalho busca apresentar um estudo detalhado da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, enfocando, particularmente, o dano moral ambiental, sobre o qual divergem doutrinadores, juízes e tribunais.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra responsabilidade tem origem na palavra latina *spondeo*, que ligava o devedor nos contratos realizados verbalmente no Direito Romano. Segundo Dias, esse termo exprime a ideia de equivalência de contraprestação e correspondência, destacando que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, pois se liga aos domínios da vida social.³

Entretanto, a cultura grega influenciou a cultura romana com a noção de *epicikia*, que traduz equilíbrio e harmonia. Por essa razão, a noção de justiça conduz a equilíbrio, e a de injustiça, a desequilíbrio.⁴

A doutrina pátria não é uniforme em conceituar responsabilidade civil, porém é unânime em afirmar que este instituto jurídico firma-se no dever de “reparar o dano”, podendo ser explicado pelo seu resultado, pois o ressarcimento do prejuízo ocorre em decorrência tanto de atos ilícitos quanto de atos lícitos.⁵

Todavia, para que a responsabilidade civil seja configurada, é necessário que ocorra o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão do lesante e o resultado. Há diversas teorias que tentam explicar essa causa e efeito, destacando-se as teorias da equivalência das causas, da causalidade adequada, da causalidade imediata e da causalidade normativa.⁶

Ocorre que, da mesma forma que a sociedade evolui, o instituto responsabilidade civil deve adaptar-se e se transformar juntamente com ela, flexibilizando-se com o fim de restabelecer o equilíbrio, quando desfeito.⁷ Esse interesse em restabelecer o equilíbrio das relações pessoais e sociais, que são comprometidas pela falta de diligência e prudência, constitui a fonte da responsabilidade

³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 04.

⁴ COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out 1991. p. 34 - 35.

⁵ FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 819.

⁶ SILVA, Roberto de Abreu e. **Pressupostos da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 377, jan/fev. 2005, p. 180.

⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 05.

civil.⁸Leme Machado destaca que a situação desejável é a do equilíbrio, na qual deve imperar a conciliação entre os direitos do homem e seus deveres para com os seus semelhantes.⁹

Os danos na responsabilidade civil podem ser de natureza material, que atinge um valor econômico identificável, como é o caso dos danos emergentes e os lucros cessantes, ou de natureza moral, que se caracteriza pela intransferibilidade e subjetividade, como a honra e a dignidade da pessoa humana.¹⁰

2 RESPONSABILIDADE POR DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE

A partir da Revolução Industrial, em meados do século XVIII, o meio ambiente começou a sofrer agressões mais severas, face à introdução de máquinas na produção, o que multiplicou o rendimento do trabalho e aumentou a produção, mas também demandou um aporte muito maior de matérias primas, retiradas do ambiente natural.¹¹

No Brasil, logo após o descobrimento, a despeito de seu fim econômico, algumas normas tinham como objeto mediato a proteção de determinados bens ambientais de interesse direto da Coroa, podendo ser citadas, no período colonial, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas e o Regimento do Pau-Brasil; e, no período imperial, o Código Criminal de 1830 e a Lei nº 601, de 1850, que tratava das terras devolutas, prevendo, inclusive, sanções penais e administrativas.¹²

Durante a Primeira República, são instituídas as primeiras reservas florestais e, a partir da década de 1930, um corpo de normas efetivamente ambientais passa a ser produzido, podendo-se citar como exemplos o primeiro Código Florestal e o Código de Águas, ambos de 1934.¹³

⁸ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, v. 377, jan/fev. 2005, p. 195.

⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 346.

¹⁰ FARIAS, Talden. **Responsabilidade civil em matéria ambiental**. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos/taldenfarias.htm>> Acesso em: 07 dez. 2009.

¹¹ DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil por dano moral ambiental**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/2701>> Acesso em: 07 dez. 2009. p. 02; LEUZINGER, Márcia Dieguez; Cureau, Sandra. **Direito ambiental**. São Paulo: Fiuza, 2008.

¹² DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil por dano moral ambiental**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/2701>> Acesso em: 07 dez. 2009. p. 02.

¹³ LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

Na década de 1960, uma grande contradição se apresenta: de um lado, o governo militar, que pretende desenvolver o país a qualquer custo e, de outro, um movimento ambiental consolidado, composto basicamente por técnicos, que consegue a edição de normas extremamente importantes, como o atual Código Florestal, de 1965, e a Lei de Proteção à Fauna, de 1967.¹⁴

Em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, é criada uma estrutura para tutela dos bens ambientais, reconhecendo-lhes características próprias que devem ser preservadas. O direito ao meio ambiente equilibrado é formalmente declarado, assim como o dever de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e para as futuras gerações, o que se reparte entre Poder Público e coletividade.

A responsabilidade por danos causados ao meio ambiente encontra-se prevista no parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe que as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A previsão de responsabilidade civil por danos ambientais, contudo, não foi inaugurada pela atual Constituição, na medida em que a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, no parágrafo 1º do artigo 14, já determina ser objetiva a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente. Estabelece o dispositivo em questão que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, independentemente de outras penalidades previstas na própria lei. Dispõe, ainda, que o Ministério Público da União e dos Estados são legitimados para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente, papel que passou a ser cumprido, a partir de 1985, pela ação civil pública ambiental.

A natureza objetiva da responsabilidade decorre das características do dano ambiental: é um dano que não observa fronteiras políticas, pode se prolongar indefinidamente no tempo, é de difícil reparação e valoração, e atinge a uma pluralidade indefinida de vítimas. Caracteriza-se, ainda, por ser um dano de ordem coletiva, que apenas de forma reflexa traduz-se em dano individual.¹⁵

¹⁴ Idem.

¹⁵ LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. São Paulo: Fiuza, 2008; MONTENEGRO, Magda. **Meio ambiente e responsabilidade civil**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 49.

Magda Montenegro¹⁶ ressalta que a responsabilidade por dano ambiental tem excludentes, como é o caso dos fatos naturais (caso fortuito e força maior) ou voluntários, do fato exclusivo da vítima, do exercício regular de direito, da legítima defesa e do estado de necessidade. Essa posição, contudo, é minoritária na doutrina e na jurisprudência, que vêm adotando a teoria do risco integral, que não admite quaisquer excludentes.

No plano internacional, o princípio 13 da Declaração do Rio determina que cada Estado deverá estabelecer sua legislação nacional no tocante a responsabilidades e a indenizações de vítimas de poluição e de outras formas de agressão ao meio ambiente.

3 DANO MORAL AMBIENTAL

Antes de se discorrer sobre o dano moral ambiental, cabe abordar sucinatamente sobre o que vem a ser o dano moral, seus pressupostos, o trato constitucional e legal e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

3.1 DANO MORAL

Dano Moral é a ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais propriamente ditos de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família.¹⁷

Esse dano é extracontratual, e a indenização dele decorrente implica necessariamente a evidência de uma perda efetiva, consequência da ofensa moral, ou dos lucros cessantes que advieram do fato ilícito.¹⁸

Para Aurélio Buarque de Holanda,¹⁹ o dano é o mal ou ofensa pessoal e o prejuízo moral. Nesse contexto, Hélio Apoliano²⁰ destaca que a tristeza, a frustração, o constrangimento, os dissabores, os desconfortos, a humilhação, os planos desfeitos e os sentimentos das pessoas têm de ser respeitados, e sua violação enseja danos morais.

¹⁶ MONTENEGRO, Magda. **Meio ambiente e responsabilidade civil**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 98.

¹⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 410.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 604.

²⁰ CARDOSO, Hélio Apoliano. **Responsabilidade civil**. Campinas: ME Editora, 2004, p. 94.

Contudo, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o dano moral era controvertido, o que fez com que os juízes e tribunais, atendendo aos reclamos da sociedade, recusassem a parêmia da sua irreparabilidade.²¹

Nesse contexto, a “Constituição Cidadã” - Constituição Federal de 1988 - buscou a ampliação dos direitos do cidadão, garantindo-lhe a integridade moral. Por essa razão, o inciso V do artigo 5º da Carta ressalta que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem. Já o inciso X do supracitado dispositivo prescreve que é assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Também o Código Civil, em seu artigo 186, estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. No seu artigo 927, prescreve que quem comete ato ilícito é obrigado a repará-lo.

Segundo Cahali,²² distingue-se o dano patrimonial do moral porque o primeiro diz respeito ao prejuízo econômico, enquanto o segundo, ao sofrimento psíquico, às dores, às angústias e às frustrações infligidas ao ofendido. Da mesma maneira, Apoliano²³ destaca que o dano está diretamente relacionado aos bens espirituais como: a liberdade, a profissão, a honra, o respeito aos mortos e a personalidade, dentre outros, e que o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito. A controvérsia sobre a reparabilidade do dano moral perdeu força com a promulgação da atual Constituição, pois ela dispõe sobre o direito à indenização por lesão aos direitos da personalidade, sendo esse dano o da alma, que tem como pressuposto a dor, o sofrimento moral ou mesmo físico causado por atos ilícitos.²⁴

Interessante pontuar o entendimento de Roberto de Abreu²⁵ que afirma que a dor extrapatrimonial é como a tosse moral, que não se cura com pastilha de consolo, podendo aplacar-se com uma compensação financeira. Ressalta o

²¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

²² CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

²³ CARDOSO, Hélio Apoliano. **Responsabilidade civil**. Campinas: ME Editora, 2004, p. 88.

²⁴ SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 175, jul/set. 2007, p. 21.

²⁵ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, v. 377, jan/fev. 2005, p. 195.

autor que os danos morais podem surgir de lesões física e metafísica perpetradas à pessoa, quando deixam sequelas psicológicas e reflexos na vida social da vítima.²⁶

No mesmo sentido, Moraes aponta que quem sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório, pois esse dano não é propriamente indenizável, uma vez que indenizar deriva do latim “*in dene*”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior.²⁷ Por isso, é possível a condenação a determinada quantia em dinheiro, sem prejuízo de outras cominações secundárias, em caso de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa.²⁸

O Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento de que é possível a cumulação de danos materiais e morais decorrentes do mesmo fato (súmula 37).

3.2 DANO MORAL AMBIENTAL

Como foi dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 pôs fim à discussão sobre o cabimento ou não de indenização por dano moral, e da mesma forma, a despeito de controvérsias existentes, a Lei nº 7.347/85, em seu artigo 1º, estabelece que ela rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, redação alterada, em 1994, pela Lei nº 8.884, inovando o ordenamento pátrio com a possibilidade dos danos morais ambientais.

Embora haja bastante divergência sobre a questão, diversos autores vêm defendendo a ideia de que, se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, da mesma forma o pode ser a coletividade, sendo esse dano uma violação a um determinado círculo de valores coletivos.²⁹

Segundo Delgado,³⁰ o dano moral ambiental pode deixar muitos surpresas, pois enquanto o dano ambiental material afeta a paisagem natural, o dano moral ambiental apresenta-se como um sentimento psicológico negativo junto à

²⁶ SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, v. 377, jan/fev. 2005, p. 196.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana** – uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 200., p. 145.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 812.

²⁹ Idem.

³⁰ DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil por dano moral ambiental**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/2701>> Acesso em: 07 dez. 2009, p. 18.

respectiva comunidade.³¹ O dano extrapatrimonial ambiental é a lesão que desvaloriza imaterialmente o meio ambiente ecologicamente equilibrado e os valores relativos à saúde e à qualidade de vida das pessoas; daí, se o meio ambiente é um direito incorpóreo e de interesse da coletividade, ele pode ser objeto de dano moral, pela dor física e psicológica infringida à vítima.³²

Todavia, parte da doutrina defende que dano moral refere-se à ofensa a direitos da personalidade, afetos singularmente à pessoa, posição que ainda é majoritária nos tribunais pátrios. Entretanto, a proteção do meio ambiente está ligada a esses direitos da personalidade, pois o meio ambiente deve ser ecologicamente equilibrado, a fim de que se possa gozar de uma vida com qualidade.³³

O dano moral coletivo, espécie que abriga o dano moral ambiental, pode afetar interesses tanto coletivos *stricto sensu*, que são os transindividuais de natureza divisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, quanto os difusos, que são os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.³⁴

Para que esse dano moral coletivo surja, basta ocorrer um desastre ou um mero acidente ecológico, pois, com isso, espécies, água e ar, dentre outros bens ambientais, são afetados e deverão ser recompostos; porém, o dano moral permanece, eis que possui natureza difusa.³⁵ Como exemplo, pode ser citada a destruição de uma floresta existente em área indígena, repercutindo direta e imediatamente no respectivo modo de vida, afetando a qualidade de vida e o desenvolvimento de seus costumes e tradições, e a projeção de seus valores para futuras gerações.³⁶

³¹ Idem (apud JOSÉ RICARDO ALVAREZ VIANNA).

³² JUNIOR, José Luiz. **Responsabilidade civil por dano moral ambiental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1934/Responsabilidade-civil-por-danos-ambientais>> Acesso em: 07 dez. 2009.

³³ BIRNFELD, Dionísio Renz. **Dano moral ambiental e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.ambientevital.com.br/noticia_ler.php?idnoticia=280> Acesso em: 07 dez. 2009.

³⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 813.

³⁵ RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 182-183.

³⁶ MONTENEGRO, Magda. **Meio ambiente e responsabilidade civil**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 95.

A partir desse entendimento, no ano de 2001, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em exemplar acórdão, nos Autos nº 2001.001.14586, em sede de apelação, que teve como relatora a Desembargadora Maria Raimunda T. de Azevedo, reformou sentença de 1º grau para incluir a indenização pelo dano moral causado à coletividade, além de determinar o plantio de 2800 árvores e o desfazimento de obras.

Nessa decisão, a relatora aponta que a impossibilidade de reposição do ambiente ao estado anterior justifica a condenação em dano moral pela degradação ambiental prejudicial à coletividade.

Entretanto, essa possibilidade de condenação por dano moral ambiental ainda é bastante controvertida em nossos tribunais, e o próprio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 598.281, *DJU* 1.6.2006, tendo como relator o Ministro Teori Albino Zavascki, decidiu que, em matéria ambiental, em princípio, não há que se falar em condenação por “dano moral coletivo”.

Para o relator, o dano moral vincula-se aos sentimentos de dor e de sofrimento psíquico de caráter individual, incompatíveis com a noção de transindividualidade, de indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação.

Mazzilli,³⁷ ao comentar tal decisão, afirma que não se justifica o argumento de que não pode existir dano moral coletivo, uma vez que o dano moral estaria vinculado à noção de dor ou sofrimento psíquico individual, pois os direitos transindividuais são um feixe de lesões individuais. Aponta também que, mesmo que se recusasse o caráter de soma de lesões individuais para o dano moral coletivo, cabe lembrar que a função punitiva na responsabilidade civil confere caráter extrapatrimonial ao dano moral coletivo.³⁸

CONCLUSÃO

Diante da crise ambiental que o mundo tem vivenciado nos últimos anos, a comunidade internacional passou a pactuar tratados e convenções na busca de uma melhor qualidade de vida, estabelecendo normas de proteção internacional.

³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145-146.

³⁸ *Idem*.

No plano interno, o Brasil, da mesma forma, editou diversas normas de proteção, dispondo, inclusive, sobre a responsabilidade do lesante pelos danos causados ao meio ambiente.

A referida responsabilidade encontra previsão constitucional, dispondo o parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal que as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nesse sentido, a própria Lei nº 7.347/85, em seu artigo 1º, estabelece que ela rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, inovando o ordenamento pátrio com a possibilidade dos danos morais ambientais.

Desse modo, a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente pode ocorrer tanto pelo dano de natureza material quanto pelo dano de natureza moral. Tal posição, todavia, ainda não é pacífica nos tribunais pátrios, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, negado a existência de dano moral coletivo, espécie que abarca o dano moral ambiental. Daí a importância de se estudar mais profundamente a matéria, gerando, assim, subsídios para que tal entendimento seja modificado no âmbito não apenas do STJ, mas de todo o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIRNFELD, Dionísio Renz. **Dano moral ambiental e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.ambientevital.com.br/noticia_ler.php?idnoticia=280> Acesso em: 07 dez. 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Responsabilidade civil**. Campinas: ME Editora, 2004.

COSTA, Judith Martins. Os fundamentos da responsabilidade Civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil por dano moral ambiental**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/2701>> Acesso em: 07 dez. 2009.

- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Talden. **Responsabilidade civil em matéria ambiental**. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos/taldenfarias.htm>> Acesso em: 07 dez. 2009.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JUNIOR, José Luiz. **Responsabilidade civil por dano moral ambiental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1934/Responsabilidade-civil-por-danos-ambientais>> Acesso em: 7 dez. 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MONTENEGRO, Magda. **Meio ambiente e responsabilidade civil**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 175, jul/set. 2007.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, Roberto de Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, v. 377, jan/fev. 2005.

||| - TEMAS DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

A PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: O CASO NARDONI

Maria Teodora Farias Traldi
Cristina Zackseski

Sumário: Introdução. 1 A prisão preventiva e a deturpação da finalidade do instituto. 2 A abrangência de ordem pública para a decretação da prisão preventiva. 3 O Caso Nardoni: presos pelo Poder Judiciário em razão da mobilização social. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo discute a inadequação da decretação da prisão preventiva sob o fundamento do resguardo da ordem pública. O conceito de ordem pública é impreciso, fato que pode acarretar uma redução dos direitos do réu perante o Estado, caracterizando assim, prejuízo para a segurança jurídica do acusado. O Caso Nardoni ilustra essa crítica, pois a brutalidade do crime legitimou a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Acredita-se que essa medida foi adotada primordialmente para apaziguar a indignação social, tendo em vista que outros crimes, pouco divulgados, cujo *modus operandi* é tão ou mais atroz não tiveram o mesmo tratamento.

Palavras-chaves: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Caso Nardoni.

Abstract: The present article discusses the inadequacy of pre-trial detentions on the grounds of the public order guarantee. The concept of public order is vague, which may lead to a reduction of the defendant's rights against the State characterizing injury to the legal certainty of the accused. The Nardoni Case illustrates this criticism because the brutality of the crime legitimized the pre-trial detention on the grounds of public order guarantee. It is believed that this measure was adopted primarily to appease social outrage, since other crimes, not as notorious, but whose *modus operandi* were equally or more heinous had not had the same treatment.

Keywords: Pre-trial detentions. Public order guarantee. Nardoni Case.

INTRODUÇÃO

Por vezes, pessoa primária, sem qualquer antecedente, pode ter sua [prisão] preventiva decretada porque cometeu delito muito grave, chocando a opinião pública (ex: planejar meticulosamente e executar o assassinato dos pais). Logo, a despeito de não apresentar periculosidade (nunca cometeu crime e, com grande probabilidade, não tornará a praticar outras infrações penais), gerou enorme sentimento de repulsa por ferir as regras éticas mínimas de convivência. A não decretação da prisão pode representar a malfadada sensação de impunidade, incentivadora da violência e da prática de crimes em geral, razão pela qual a medida cautelar pode tornar-se indispensável.¹

Esse é um exemplo de como o instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública² vem sendo deturpado de modo a mitigar direitos e garantias. O Caso Nardoni se mostra como um importante objeto de análise, não apenas por ter alcançado notoriedade perante a população brasileira, como também por ser flagrante a inadequação da aplicação da medida acautelatória. A área criminal é permeada de preconceito e exclusão, ou como diz Miguel Wedy: “Em geral, tem-se um discurso generalizador que enfoca a violência como questão de polícia tão-somente. Refere-se apenas a uma luta tenaz e implacável entre bandidos e mocinhos, entre Estado e inimigos do Estado e da sociedade”.³

A expectativa da opinião pública e da mídia sobre o trabalho do Poder Judiciário, especificamente no que diz respeito à área penal, geralmente vai de encontro às previsões legais e garantias do acusado.

Os meios de comunicação não se limitam a informar. Tomam partido, julgam e condenam. Ao assim fazerem, apro-

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 560. O autor mencionado é juiz de Direito de São Paulo, livre-docente em Direito Penal, mestre e doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e autor de diversas obras jurídicas.

² “Cumpra salientar que, ao longo da história, ela [prisão cautelar] serviu a finalidades diversas das que hoje justificam sua existência nos ordenamentos processuais penais, ou seja, como forma de proteção dos meios e fins do processo penal ou, excepcionalmente, como medida de proteção ou defesa social” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 4).

³ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 19.

fundam o temor e a ignorância do público que deveriam informar, usando mensagens e códigos profundamente estereotipados. O preconceito alimenta-se dos estereótipos e gera os estigmas. Na verdade, os meios de comunicação contribuem para aprofundar e ampliar os estigmas, dando escassa divulgação às vozes contrárias. Trata-se de caracterizar toda uma população como perigosa, indigna de confiança.⁴

As informações acerca do acontecimento de um crime chegam de modo diferente para a sociedade, que presencia ou toma conhecimento a partir da cobertura da mídia, e para o Poder Judiciário, neste caso, por meio de uma denúncia fundamentada em um inquérito policial. A Justiça observará obrigatoriamente o devido processo legal enquanto a mídia não tem tal compromisso e, muitas vezes, acaba por identificar, investigar, processar, julgar, e o que é pior, condenar sem conferir direitos mínimos aos réus como, por exemplo, de apresentarem as suas defesas. Acrescenta-se que:

[...] é vedado ao Estado proceder de modo temerário na fixação das culpas em definitivo. Sobretudo e quando acalentado por influxos heterodoxos que partem de diversos subsistemas sociais como a opinião pública sublevada em seus próprios medos e preconceitos e uma imprensa vocacionada a produzir resultados nem sempre edificantes.⁵

Desse modo, as informações veiculadas para a sociedade a partir da mídia são tendenciosas e insuficientes para ensejar uma condenação por parte do Poder Judiciário. Embora a Justiça se baseie em um direito que deve corresponder aos anseios sociais, deve estar atenta para honrar sua função em garantir e aplicar o direito assegurado a todos os membros da sociedade. O texto constitucional caracteriza o Brasil como um Estado Democrático de Direito e um dos fundamentos é a dignidade humana, ou seja, é um país comprometido com o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e aos direitos e garantias fundamentais, ressaltando-se a proteção jurídica. Dessa forma, cabe salientar que a

⁴ MELLO, Silvia Leser de, 1998 apud WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 24.

⁵ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Estado não pode impor culpa com base na opinião pública**. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de maio 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-mai-15/estado_ nao_impor_culpa_base_opiniao_publica >. Acesso em: 30 mar. 09.

Constituição prevê princípios explícitos e implícitos do processo penal,⁶ oferecendo formas para uma atuação compatível com a lógica garantista.

1 A PRISÃO PREVENTIVA E A DETURPAÇÃO DA FINALIDADE DO INSTITUTO

A prisão implica, em maior ou menor grau, na perda da liberdade por meio de uma previsão em lei⁷ e constatada, em regra, pelo Estado sendo operacionalizada pelo Poder Executivo e determinada, bem como autorizada, sob o controle do Poder Judiciário. O recolhimento à prisão nem sempre é ensejado por sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, exigência esta prevista na Carta Magna de 1988⁸ para se considerar um indivíduo culpado, atribuindo-lhe responsabilidade pela violação do ordenamento jurídico.

A partir disso, entende-se que, para o indivíduo ser preso, não necessariamente precisa ser considerado culpado, haja vista as prisões efetuadas ao longo da instrução criminal. A prisão “[...] pode ser decretada na fase de inquérito bem como ao longo da instrução, desde que se manifeste a sua necessidade, ante vários fatores processuais”.⁹ Não se pode olvidar que a Constituição de 1988 influenciou o sistema penal com:

- a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;

⁶ Entre os explícitos mais relevantes, observa-se o princípio da presunção de não culpabilidade, da ampla defesa, da plenitude de defesa em relação ao Tribunal do Júri, da prevalência do interesse do réu, contraditório, vedação das provas ilícitas e o devido processo legal. No escopo dos princípios constitucionais implícitos pode-se citar o juiz imparcial, da oficialidade e da busca da verdade real.

⁷ O princípio da legalidade (art. 5º, II da Constituição Federal) estabelece que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Também reconhecido como um “[...] preceito multifuncional cujo núcleo essencial se espalha e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico, dando origem a múltiplas expressões – processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei [...] – as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma só e mesma idéia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148). O indivíduo pode então ser recolhido legalmente à prisão mesmo sem condenação penal transitada em julgado caso se verifique a obediência às previsões legais para tal.

⁸ Essa previsão encontra-se no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁹ VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A prisão cautelar**. Santo André: Ledix, 2005, p. 12.

b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

A mudança é muito mais radical do que pode parecer a um primeiro e superficial exame. E assim é porque o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, tendo em vista que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um inocente. E mais: que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.¹⁰

A chamada prisão-pena é ensejada por uma sentença condenatória com trânsito em julgado, sendo, conseqüentemente, o indivíduo considerado culpado pelo Estado e conduzido ao cárcere, onde parte da execução penal ocorre com os objetivos de conferir efetividade ao título condenatório e propiciar condições de reintegração social do apenado,¹¹ ao passo que as prisões processuais ou, também chamadas cautelares, vigoram, quando preciso, até a prolação da sentença condenatória.

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar.¹² Uma importante diferenciação entre a prisão cautelar e a prisão-pena é a verificação de que “[...] a prisão cautelar tem finalidade instrumental, já a prisão-pena tem finalidade retributiva e preventiva”.¹³ A ideia de instrumentalidade, auxílio e elemento acessório pertinente à cautelaridade, é salientada na explanação de Piero Ca-

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 414.

¹¹ O art. 1º da Lei n. 7.210/84, Lei de Execução Penal estabelece o binômio cumprimento da condenação e reintegração social como objetivos da execução penal. “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Lamenta-se que nem sempre a execução penal atinja os objetivos propostos, constatando-se facilmente ambientes desfavoráveis e incompatíveis para uma possível ressocialização.

¹² Sobre as espécies de prisão cautelar ver: ZACKSESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. In. **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2009, p. 89. Observe-se, no entanto, que, depois da Lei 12.403 de 2011, a prisão em flagrante não figura mais entre as prisões cautelares; ou o juiz decreta a prisão preventiva ou utiliza uma das 9 medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, podendo também conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4 v., p. 233.

lamandrei, guardadas as devidas adequações, pois o doutrinador abordava os estudos do processo cautelar da esfera cível dizendo:

[...] se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, que através deles é atuado, nos provimentos cautelares se verifica uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto a um melhor proveito do provimento definitivo, que por sua vez é um meio para a atuação do direito; são, pois, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento.¹⁴

Logo, por ter esse caráter de resguardo da futura prestação jurisdicional, consequentemente se verifica que somente podem ser presos preventivos os indivíduos na condição de acusados ou réus, na época do inquérito policial até o limite máximo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória enquanto persistir o fundamento da decretação. Ratificando a função da prisão preventiva, Eugênio Pacelli de Oliveira ensina:

[...] a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo. A prisão preventiva, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.¹⁵

A tutela cautelar se consubstancia na constatação do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo na demora), visando à proteção do cenário e das condições para a efetivação da futura resposta jurisdicional.

Com o risco do surgimento de eventos que afetem a eficácia e utilidade do julgamento, tornam-se necessárias providências urgentes que inviabilizam este perigo. Para isso, as normas processuais utilizam-se de instrumentos (medidas cautelares) que visam resguardar a obtenção da prestação

¹⁴ CALAMANDREI, Piero, 1999 apud CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, 3 v., p. 176.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 443.

jurisdicional justa. A doutrina aponta dois requisitos imprescindíveis à medida cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.¹⁶

É esperado que a decretação da prisão preventiva seja a última forma possível de assegurar o andamento da prestação jurisdicional, protegendo ao máximo a liberdade do acusado ou réu.

É, por isso, que, além do controle jurisdicional indeclinável, para a decretação, procura o legislador, com medidas eficazes, cercar o réu de garantias, só admitindo a sua prisão quando verificar o juiz todas as condições imprescindíveis para a decretação da medida ou providência cautelar.¹⁷

Na esfera penal, o *fumus boni iuris* é conhecido como *fumus commissi delicti*, caracterizado pela exigência legal da prova da materialidade¹⁸ e dos indícios suficientes de autoria. A expressão *periculum in mora*, transforma-se em *periculum libertatis* configurando-se “[...] quando o sujeito, em liberdade, coloca em risco a sociedade ou o futuro do processo ou ainda a própria execução da pena”.¹⁹

Os indícios suficientes de autoria são entendidos como uma convicção razoável, uma probabilidade de que o acusado ou réu seja o responsável ou tenha concorrido para o cometimento do delito. A simples possibilidade ou suspeitas de envolvimento não são capazes de configurar um indício em função da excessiva fragilidade.

A exigência de forte probabilidade em torno da autoria e não apenas meras suspeitas, decorre da própria excepcionalidade da medida diante do princípio constitucional da presunção de inocência que, em sede cautelar, inclui o *in dubio pro libertate*, de modo que, havendo dúvida acerca da existência do crime ou sua autoria, inadmissível se apresenta o apelo à prisão preventiva.²⁰

¹⁶ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 136.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, 4 v., p. 65.

¹⁸ A prova de materialidade do delito é a comprovação inquestionável da realização do crime, não se aceitando mera suspeita, indícios ou presunções, devendo ser cabal e livre de dúvidas.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4 v., p. 245.

²⁰ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 168.

A observância cuidadosa da presença das duas condições é fundamental para proteger o agente contra uma clausura sem o mínimo de plausibilidade. A prisão preventiva para ser considerada legal, deve também apresentar uma fundamentação pertinente quanto ao *periculum libertatis*, previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal. Portanto, sempre que o réu colocar em risco a garantia da ordem pública,²¹ a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou ainda for necessária a prisão para assegurar a aplicação da lei penal.

A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é legítima quando o agente representa perigo real para a sociedade, adequando-se ao caso concreto, por exemplo, ao conjugar a reincidência delitiva em crimes que ocasionem incolumidade física, tumulto ou pânico.²² Ademais, pode-se entender um uso adequado da medida acautelatória quando o agente é ligado a situações e fatos que ensejam fundado receio da continuidade da prática delitiva quando, por exemplo, se tem notícia que o acusado ou réu esteja envolvido e preparado para executar ato que seja lesivo e concretamente perigoso para a sociedade. Em suma, “[...] quando a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivos a novos crimes ou cause repercussão danosa ou prejudicial no meio social”.²³

A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica guarda grande similitude a garantia da ordem pública, podendo se valer da mesma discussão já dispensada. Aqui, no entanto, o receio é que o agente:

[...] perturbe o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, visando à dominação de mercados, à eliminação de concorrência e ao au-

²¹ “A prisão em flagrante delito e a prisão preventiva enquanto medida de ordem pública distanciam-se de seu caráter instrumental, servindo-se de medida sumária de defesa social, quando se orientam pelos critérios de ‘óbice à continuidade delitiva’ e ‘periculosidade do agente’” (VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 137).

²² Exemplo disso, “[...] além de a prisão preventiva ter como objetivo, no caso, a prevenção quanto à reprodução de outros fatos criminosos – e a ocorrência de 04 incêndios anteriores recomenda essa cautela –, objetiva ela, garantir a incolumidade física das pessoas, que traduz uma das dimensões do conceito de ordem pública, tendo em vista que o crime em questão é daqueles que podem causar tumulto e pânico” (HC 82.149/SC, Rel. Ellen Gracie, DJ de 13-12-2002).

²³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, 4 v., p. 63.

mento arbitrário dos lucros. A prisão para garantir a ordem econômica somente poderá ser decretada quando se tratar de crimes previstos nas Leis 8.137/90, 8.176/91, 8.078/90 e 7.492/86, e demais normas que se referem à ordem econômica, como quer o art. 170 da Constituição Federal e seguintes c/c art. 20 da Lei 8.884/94.²⁴

A prisão fundamentada na conveniência da instrução criminal tem como objetivo assegurar o normal andamento do processo. Como exemplo dessa perturbação por parte do réu, pode-se citar o fato de coagir ou ameaçar testemunhas, esconder ou desmanchar provas, enfim qualquer ato que obstaculize a prestação jurisdicional. A finalidade da decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal visa a evitar que o réu fuja do distrito da culpa a fim de se esquivar do cumprimento de eventual pena imposta. Portanto, tentativas de fuga, indícios de viagem como reservas ou tomadas de preços de hotéis, pedidos de visto ou de reconhecimento de dupla cidadania são atitudes que legitimam a prisão preventiva com fundamento na aplicação da lei penal, pois evidenciam a “intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico”.²⁵

A prisão preventiva perdura enquanto os motivos ensejadores da decretação se fizerem presentes, estando assim sua vigência orientada por um fator que depende da interpretação²⁶ do magistrado ao contexto vivido na época, sem um limite²⁷ expresso para a cessação dessa medida cautelar restritiva de liberdade. O magistrado fica livre para decretar ou revogar a prisão preventiva, sem análise quantitativa do tempo, pautando-se apenas no fator qualitativo, a mudança ou não do contexto que ensejou tal medida. Na qualidade de medida cautelar e provisória, é passível de revogação pelo juiz criminal ou pelo Tribunal, desde

²⁴ RANGEL, Paulo, 2001 apud DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 624.

²⁶ “A valoração da gravidade do delito é remetida à livre apreciação do juiz, não resultando de nenhum parâmetro normativo” (BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 156).

²⁷ A questão do excesso de prazo da prisão preventiva já foi julgado no HC 91.662/PR. “O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável e inconstitucional meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes” (HC 91.662/PR, Rel. Celso de Mello, DJ de 04-03-2008).

que desapareçam os motivos que levaram à sua decretação. Pode ser decretada novamente se as razões voltarem a existir.²⁸

As prisões preventivas que não estiverem acompanhadas dos requisitos autorizadores servem como mera antecipação da pena ensejada por diversos motivos. Portanto, “[...] só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional”.²⁹

Se o instituto já era criticado antes da atual Constituição, por tolher a liberdade do cidadão antes de ser considerado culpado, com o advento desta, e diante dos novos princípios introduzidos pelo seu artigo 5º, maiores se tornaram tais críticas, mesmo porque poderá levar o preso preventivamente, se inocente, a uma situação constrangedora, ferido em sua dignidade, com poucas condições de, mesmo absolvido posteriormente, ser reparado moralmente.³⁰

Depreende-se do exposto que melhor procede o juiz com cautela, atendo-se a critérios objetivos e de evidentes danos à efetivação da justiça e perigos reais contra a sociedade, não sacrificando direito alheio para saciar o espírito retributivo da sociedade contra o réu.

2 A ABRANGÊNCIA DE ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é extremamente frágil, consistindo muitas vezes em atitudes estatais que extrapolam seu âmbito de atuação. Miguel Tedesco Wedy acredita que “[...] as razões utilizadas para a prisão preventiva baseada na ordem pública não têm natureza cautelar, mas possuem um notório e translúcido caráter de justiciamento antecipado e de prevenção geral e especial”.³¹

²⁸ DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Manual prático de processo penal**. 4. ed. Campinas: Edicamp, 2001, p. 61.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 203.

³⁰ PÓVOA, Liberato. **O procedimento no juízo criminal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 213.

³¹ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 168.

Atribui-se a essa falta de segurança a imprecisão do conceito, a difícil delimitação do que vem a ser ordem pública, ocasionando assim diversas interpretações e extrema insegurança para o réu. O resultado dessa dinâmica é a árdua tarefa do operador do direito em identificar e especular sobre a compatibilidade do instituto para um caso concreto e a sua adequação à nova ordem constitucional.

A dificuldade em esclarecer com precisão tais significados pode corresponder, no caso específico da “garantia da ordem pública”, ao que não pode ser dito, pois ao dizê-lo o legislador ou o intérprete da lei poderia contrariar outros dispositivos legais, direitos fundamentais e princípios constitucionais penais expressos (em sua grande maioria) no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.³²

Os autores que se arriscam a explicar o termo ordem pública, entendem-no basicamente como tranquilidade ou paz social, sendo, portanto, locuções muito abrangentes. Ainda não existe um entendimento pacífico sobre o assunto, motivo esse que, em função de não se ter seu conteúdo bem delimitado, pode levar à insegurança na avaliação da necessidade da decretação.

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.³³

Constata-se que, para a maior parte da doutrina, a garantia da ordem pública está intimamente relacionada com a gravidade da infração, a periculosidade do agente, bem como a repercussão social. Luiz Flávio Gomes entende que: “A periculosidade do agente, constatada concretamente, justifica a preventiva. Não existe periculosidade presumida. De outro lado, a gravidade do crime por si só,

³² ZACKESKI, Cristina. **A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos Distritos Federais do Brasil e do México**. Tese de Doutorado – Estudos Comparados sobre as Américas. Brasília: UnB, 2006, p. 56.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 559.

não significa periculosidade”.³⁴ No entanto, observa-se que a periculosidade do agente deve ser concretamente atestada por profissionais capacitados e “[...] não pode ser apenas presumida, salvo quando a própria lei a afirma como nos casos de inimputabilidade (art. 26, caput, CP)”.³⁵ Vale ressaltar que a periculosidade não é avaliada pelo crime praticado, portanto, seria uma impropriedade elencar a periculosidade³⁶ para caracterização da ordem pública.

Marcelo Agamenon Góes de Souza sustenta o conceito de ordem pública como a paz e a tranquilidade no meio social. A partir disso, pode-se adicionar uma variável cultural para delimitar e adequar o conceito de ordem pública. O ordenamento jurídico é o reflexo de uma sociedade, tanto da sua cultura, da sua evolução como também dos seus problemas e insatisfações pessoais, devendo o conceito ser referenciado pontualmente em cada ordenamento. “Muitas vezes, a prisão preventiva é decretada diante do clamor social, em face da pressão da mídia. O Poder Judiciário deve ser imparcial, e, não se deixar levar por questões de momento; mas sim, agir nos termos da lei”.³⁷

A garantia da ordem pública tem como função a proteção real da sociedade, isto obviamente quando o acusado ou réu represente de fato uma ameaça concreta³⁸ ao meio social. No entanto, existem posições favoráveis à decretação em razão de outros motivos alheios à finalidade precípua de resguardo social. Uma dessas posições é em função da gravidade do delito ou do *modus operandi*, ou seja, a maneira como o delito é praticado, segundo se observa na doutrina e na jurisprudência, pode justificar a decretação da prisão preventiva. Porém, não parece compatível com o instituto, pois a maneira como o crime foi realizado não ofende concretamente à ordem pública, apesar de consistir em uma afronta

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4 v., p. 245.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 553.

³⁶ “[A] decretação da medida como garantia da ordem pública não tem relação direta com o processo. Em vez disso, está voltada para a proteção de interesses estranhos a ele, tem nítidos traços de medida de segurança” (MARTINS, Weber apud SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 248).

³⁷ SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. **Cautelaridade da prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004, p. 120.

³⁸ No julgamento do HC 83.157/MT, o Plenário entendeu que: “Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acautelatória há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos, especialmente aqueles prontos a colaborar com o Estado na elucidação de crime” (HC 83.157/MT, Rel. Marco Aurélio, DJ de 05-09-2009).

aos costumes ou a moral do meio social. A proporção da comoção social, muitas vezes estimulada pela repercussão do caso em mídia, não mais é aceito para a decretação, pois o Supremo Tribunal Federal³⁹ já deliberou, determinando que o clamor público não pode, isoladamente, ensejar a prisão preventiva.

A prisão preventiva continua sendo decretada pela repercussão do crime no meio social, com ligeira mudança no discurso. Um deles sustenta que deixar de decretar a prisão preventiva nos casos alvo da atenção popular poderia afetar a credibilidade do Poder Judiciário de forma a desacreditar suas atividades e incentivar a prática delituosa, pois não se vê pronta reprimenda. É fácil averiguar um prévio juízo de culpabilidade ao se pensar que outros indivíduos serão estimulados a delinquir caso uma prisão preventiva não seja determinada. No tocante à credibilidade do Poder Judiciário, a argumentação parece frágil, pois, como se sabe, o Estado não pode mitigar direito alheio sem prévia determinação legal. Afronta, inclusive, o senso comum em se utilizar a liberdade de uma pessoa que ainda não foi condenada para se vangloriar quanto a sua eficiência. Ademais, quando uma prisão preventiva é decretada com fundamento na garantia da ordem pública em função da gravidade do delito ou do *modus operandi* e reforçada pela intensa mobilização social em função da notoriedade conferida pela imprensa, fica diretamente relacionada à prevenção geral. O Estado se vale daquele caso para fixar um exemplo para todo o contexto social, de forma demonstrativa. Ao saciar o clamor social, o Estado se promove a partir da imagem de eficiente ao não deixar de responder prontamente com a reclusão do suposto autor do crime. Antônio Magalhães Gomes Filho entende que:

[...] nessas situações a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade. O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a priori. Essa incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar

³⁹ HC 80.719/SP, Rel. Celso de Mello, DJ de 28-09-2001.

o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária.⁴⁰

Outro aspecto importante é constatar as épocas em que o Código de Processo Penal foi inserido no ordenamento jurídico pátrio e quando foi promulgada a atual Constituição Federal. O primeiro consiste em um Decreto-lei de 1941, enquanto que a Constituição é bem mais recente, de 1988. Como ambos estão em vigor atualmente, devemos realizar uma interpretação e aplicação do Código de Processo Penal voltada ao espírito constitucional.

3 O CASO NARDONI: PRESOS PELO PODER JUDICIÁRIO EM RAZÃO DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL

O casal Nardoni foi acompanhado pela mídia⁴¹ e pelo público, desde o momento em que foi apontado, pela polícia, como suspeito da morte de Isabella Nardoni, após ter sido acusado de agredir e jogar a vítima de cinco anos pela janela do sexto andar onde viviam o pai, a madrasta e os dois irmãos. Durante vários dias, os noticiários cobriram de perto todo o desenrolar até a prisão preventiva do casal. A resposta da sociedade foi tão contundente que, em certos momentos, o casal precisou de escolta policial para se deslocar sob pena das pessoas se encarregarem da “justiça pelas próprias mãos”.

O crime aconteceu no dia 29 de março de 2008, por volta das 23h30min. Após o recolhimento de diversos depoimentos de vizinhos, a polícia ouviu a mãe da vítima no dia 02 de abril desse mesmo ano. Com base nesses depoimentos, a polícia pediu a prisão temporária do casal. O magistrado Maurício Fossen, da 2ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo, julgou procedente o pedido e decretou a prisão temporária do casal. O casal se apresentou no Fórum Santana, na Zona Norte da cidade, após a negociação dos advogados. A partir das primeiras investigações, já recaiam suspeitas sobre a versão do casal acerca dos fatos, como por exemplo: uma invasão do apartamento sem sinais de arrombamento; o pouco

⁴⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, 1991 apud DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 96-97.

⁴¹ Optou-se por trabalhar apenas com informações acessíveis a qualquer do povo, ou seja, as disponíveis na Internet em sites de notícia reconhecidos que além de fornecer detalhes do caso, ainda disponibilizaram na íntegra as principais decisões judiciais relativas ao Caso Nardoni. Essa escolha foi feita no intuito de demonstrar que as motivações expostas nas decisões têm forte conteúdo proveniente da disseminação midiática.

tempo em que a menina ficou sozinha enquanto o casal supostamente estaria na garagem do edifício; as marcas na roupa do pai e a lavagem de fraldas com sangue.

Os três advogados do pai e da madrasta da vítima impetraram o *writ* de *habeas corpus* com pedido liminar em favor dos seus clientes no dia 7 de abril de 2008 no Tribunal de Justiça de São Paulo. O documento conta com aproximadamente 30 páginas e tem por finalidade permitir que o casal possa acompanhar as investigações em liberdade. Segundo noticiado no site da Rede Globo, a defesa acreditava que o casal não representaria risco ao inquérito policial, além de não ter antecedentes criminais, conta com endereço fixo. O advogado do casal, Marco Polo Levorin afirmou:

[...] não há o menor risco de eles atrapalharem as investigações. Eles ficaram em liberdade durante as investigações e nesse período foram produzidas várias provas. Em nenhum momento eles criaram obstáculos para a produção das provas, não coagiram testemunhas e muito menos se furtaram a comparecer diante de autoridade policial.⁴²

O promotor do Ministério Público de São Paulo, Francisco José Taddei Cembranelli, fundamentou sua manifestação favorável à decretação das prisões temporárias para garantir maior tranquilidade ao desfecho das investigações. Questionado pela imprensa nacional, elucubrou que, se o casal estivesse livre, poderia comprometer o esclarecimento de fatos importantes por ter contato com testemunhas e funcionários do prédio.

Na manhã do dia 11 de abril do mesmo ano, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da decisão do desembargador Caio Eduardo Canguçu de Almeida, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu a liminar da ordem de *habeas corpus* para fazer cessar o constrangimento ilegal no direito de locomoção do casal. O referido desembargador levantou dúvidas quanto à autoria do crime, em suas palavras:

Será que o desamor exagerado desses estranhos tempos que correm terá chegado a um extremo tal que pudesse levar um pai, ou sua companheira, a tão cruelmente eliminar uma graciosa filha de apenas cinco anos e que, certamente, muito os terá amado?⁴³

⁴² PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

⁴³ O inteiro teor da decisão está disponível no PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

Após 8 dias de prisão temporária, ao serem libertados, o pai e a madrasta da vítima tiveram uma recepção hostil por pessoas que cercavam a delegacia. No tumulto ocasionado, alguns curiosos seguravam pedras como forma de demonstrar seu descontentamento em face da concessão da liminar. A Rede Globo apontou a divergência no que tange às especulações sobre o futuro das investigações. A delegada Elizabete Sato, acreditava que a liberdade do casal não traria prejuízos às investigações, no entanto, o representante do Ministério Público divergiu.

A delegada Elizabete Sato, da Seccional da Zona Norte, diz que libertação do casal não irá atrapalhar investigações, mas o promotor Francisco Cembranelli fala o contrário. Ele afirma ainda que existem indícios que ligam o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá aos ferimentos encontrados no corpo da menina de 5 anos.⁴⁴

Depreende-se da análise da decisão que o desembargador Canguçu de Almeida não reconheceu a plausibilidade da manutenção da medida de cárcere cautelar, no caso, a prisão temporária. A justificativa foi embasada na ausência de ameaça real às investigações além dos aspectos subjetivos dos pacientes como, por exemplo, primariedade, bons antecedentes e residência fixa.

No dia 13 de abril de 2008, o desembargador Canguçu de Almeida diz em entrevista que a sua decisão não afirma a culpa ou a inocência do casal, apenas foi motivada pelo fato de ter entendido que o casal não atrapalhou e nem trouxe prejuízo para as investigações policiais.

Em 17 de abril desse ano, a laudo do Instituto de Criminalística apontou como ocorreram os eventos que levaram a menina, Isabella Nardoni, ao óbito. O Portal Globo de Notícias divulgou o teor do laudo do qual tiveram acesso, sendo noticiado da seguinte forma:

Laudo do Instituto de Criminalística, ao qual a TV Globo teve acesso, diz que a menina sofreu um processo de esganadura durante três minutos dentro do apartamento, o que ocasionou uma parada respiratória. Depois, Isabella foi jogada. A queda ocasionou um politraumatismo, com lesões nos órgãos internos. Segundo a polícia, não havia

⁴⁴ PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

mesmo uma terceira pessoa no apartamento naquela noite de sábado, 29 de março. A perícia também constatou que a pegada no lençol era do chinelo de Alexandre Nardoni, pai da garota.⁴⁵

A reconstituição aconteceu no dia 27 de abril de 2008. Os principais suspeitos, o pai e a madrasta da vítima, não participaram do evento em função da sua versão diferir da alegada pela polícia. A reconstituição levou sete horas e trinta minutos. Apesar de o início ter sido agendado para as 9 horas, iniciou com cerca de 40 minutos de atraso, sendo concluída às 17h15min. A equipe era formada por quatro peritos, dois médicos legistas, dois desenhistas e dois fotógrafos. Além desses profissionais, também apareceram no local os delegados titular e auxiliar do 9º Distrito Policial (Carandiru), Calixto Calil Filho e Renata Pontes, respectivamente, que conduziam as investigações à época. O promotor Francisco Cembranelli e a delegada seccional da Zona Norte de São Paulo, Elizabeth Sato também estiveram no local.

A polícia contou com o auxílio de testemunhas para a elaboração da simulação que relataram fatos do dia em que Isabella morreu. A primeira etapa foi realizada com base no conteúdo dos interrogatórios dos suspeitos. Usaram na simulação boneca especial com peso e tamanho similares aos de Isabella para obterem resultados fidedignos.

No dia 7 de maio de 2008, o juiz Maurício Fossen, da 2ª Vara do Tribunal do Júri do Fórum de Santana, na Zona Norte de São Paulo, recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público e decretou a prisão preventiva⁴⁶ contra Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá.

O despacho do magistrado de São Paulo, Maurício Fossen, teve como fundamento para a decretação da prisão preventiva a necessidade da garantia da ordem pública e da manutenção da credibilidade do Poder Judiciário. Reconheceu também a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Em partes, até aflorando sua convicção interna com redação inflamada contra os réus, como por exemplo, “pessoas desprovidas de sensibilidade moral e sem um mínimo de

⁴⁵ PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

⁴⁶ PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

compaixão humana”.⁴⁷ Por fim, determinou a abertura de processo judicial no qual o casal figura como réu da ação penal que atribui a eles o cometimento dos crimes de homicídio triplamente qualificado por meio cruel, mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima e para assegurar a ocultação de outro crime, contra pessoa menor de 14 anos, com omissão em relação à asfixia concomitantemente com fraude em processo penal agravado por ser contra vítima descendente.

A defesa afirmou para a imprensa no dia subsequente, 8 de maio, que não vislumbraram a necessidade da decretação da prisão, por total ausência de motivos legitimadores para a implementação da medida acautelatória. Rogério Neres, um dos advogados do casal, disse que: “Faltam motivos [para justificar a prisão] e falta fundamentação na decisão do magistrado, em que pese o nosso respeito. Toda e qualquer decisão precisa ser fundamentada”.⁴⁸

Ao final do mesmo dia, o casal se apresentou espontaneamente, acatando a ordem expedida, conforme a notícia veiculada no Portal Globo de Notícias:

O casal se entregou à polícia no início da noite. Após passarem por exame de corpo de delito no Instituto Médico-Legal (IML), Alexandre foi encaminhado para o 13º Distrito de Polícia, na Casa Verde (Zona Norte), onde ficam custodiados detentos com curso superior, e Anna Carolina Jatobá foi enviada para o 97º Distrito Policial, em Americana-nópolis, na Zona Sul.⁴⁹

O laudo final foi realizado pelo Instituto de Criminalística, da Polícia Científica e é assinado pelas peritas Rosângela Monteiro e Márcia Iracema Bosch Casagrande, lotadas no Núcleo de Crimes Contra a Pessoa desse Instituto. O referido laudo foi anexado aos volumes do processo no dia 05 de julho de 2008. O site do jornal Folha de São Paulo divulgou informações sobre o crime:

O documento dos peritos do IC, ao qual a Folha teve acesso, tem 57 páginas e é composto por 127 fotografias feitas pelos peritos do IC durante a “reprodução simulada” (for-

⁴⁷ PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

⁴⁸ PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

⁴⁹ PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

ma como eles chamam a encenação de todas as versões do crime) feita em 27 de abril, sem a presença de Nardoni e de Anna Jatobá, que se recusaram a ir. A conclusão do IC é que, entre a chegada da família à garagem do edifício London até a morte de Isabella, 12 minutos e 26 segundos se passaram. O documento também aponta a hora exata em que Isabella caiu no gramado do edifício: 23h48min39s. A dinâmica do crime descrito pela perícia corrobora a versão da Polícia Civil: após agredir Isabella com uma chave, ainda no carro, Anna Jatobá a asfixiou, já no apartamento da família, e, após o casal discutir, Nardoni a arremessou pela janela do sexto andar, em 29 de março. O casal nega ter cometido o crime.⁵⁰

A defesa do casal permaneceu insistindo fortemente para que o casal aguardasse o julgamento em liberdade, com várias e sucessivas tentativas junto ao Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte, STF. Tanto o STJ como o STF, acertadamente, não se manifestaram acerca do assunto, alegando, em suma, que não poderiam suprimir instâncias de decisão, cabendo ao Tribunal de Justiça de São Paulo, decidir o pleito.

No caso Nardoni, acredita-se demonstrado o *fumus commissi delicti*. No entanto, o *periculum libertatis* não foi demonstrado tendo em vista que o casal se apresentou espontaneamente nas diligências policiais, possuía endereço fixo no distrito da culpa e ocupação lícita, não constando notícia de plano de fuga e tendo a seu favor a primariedade e os bons antecedentes. Importante ressaltar que é dever do magistrado, ao decretar a medida, apontar e demonstrar a necessidade. Não é responsabilidade do casal, a princípio, demonstrar perante a Justiça a não necessidade da decretação da prisão preventiva.

A decretação da prisão preventiva do casal Nardoni foi fundamentada na garantia da ordem pública, tendo como motivo a gravidade e intensidade do dolo, bem como a repercussão no meio social.⁵¹ Acredita-se que a gravidade, a intensidade do dolo ou o *modus operandi* se referem a ações pretéritas, não servindo para a finalidade cautelar da medida. A argumentação da garantia da

⁵⁰ FOLHA ONLINE. **Peritos entregam laudo final com dados sobre a morte de Isabella.** Disponível em: < www.folha.uol.com.br >. Acesso em: 09 out. 08.

⁵¹ PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

ordem pública em razão da repercussão do crime no meio social também não parece adequada, pois o delito cometido atinge subjetivamente a ética, a moral e costumes, não se perfazendo em um perigo concreto ao corpo social. O grau de reprovabilidade do delito não deve ser cogitado para a decretação da prisão preventiva, pois esse caráter reprovador já foi contemplado na previsão do *quantum* da pena pelo legislador, como também o será na aplicação da pena ao caso concreto pelo juiz.

Observa-se que a comoção social não tem legitimidade para decretar ou fundamentar uma prisão preventiva, uma vez que não tem todas as informações e procedimentos legais presentes no processo penal. Nem sempre a informação que chega até as pessoas é imparcial e fidedigna, visto que os meios de comunicação distorcem e apresentam os fatos de acordo com sua conveniência e impacto na audiência. Portanto, a opinião pública é formada apenas com alguns aspectos do ocorrido, muitas vezes, subjetivos, não podendo o processo ser parcial ou deficiente sob pena de ferir preceitos constitucionais. A mobilização popular acaba por afetar a tomada de decisão dos julgadores. A sociedade acredita ou espera que casais de classe média não joguem seus filhos pela janela e rapidamente se mobiliza para punir casos que afrontem seus conceitos.⁵² Mesmo o Estado possuidor do *jus puniendi* para proteger a todos, não pode ser condicionado à opinião social, uma vez que crimes mais atrozes podem ficar com menor resposta em função da pouca divulgação midiática, sem ostentar intensa repercussão no meio social. Isso reafirma a imprescindibilidade de um juízo efetivamente imparcial e que não se deixe contaminar pelo grau de repúdio social.

No dia 27 de março de 2010, após 5 dias de julgamento, Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá foram condenados a 31 anos, 1 mês e 10 dias, e 26 anos e 8 meses, respectivamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva nem sempre é usada conforme sua destinação e finalidade, tendo em vista a indiscriminada decretação da medida. De acordo com o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça – In-

⁵² Sobre as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva veja BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 49-58.

foPen – dados referentes ao mês dezembro de 2010⁵³ – o total de presos no Brasil é de 445.705 pessoas. Destes, uma quantidade significativa é de presos provisórios – 164.683 pessoas, que representam 36,9 % do total e aproximadamente um terço da população carcerária. Tais irregularidades provocaram no ano de 2011 uma modificação na lei processual penal de forma a restringir a utilização de prisões cautelares. De acordo com a nova redação dada ao artigo 313 do Código de Processo Penal pela Lei 12403/2011, a prisão preventiva somente será admitida nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 anos, se já houver condenação por outro crime doloso com sentença transitada em julgado, se o crime envolver violência intrafamiliar, para garantir execução de medidas protetivas de urgência, ou quando houver dúvida quanto à identidade civil da pessoa, enquanto a dúvida persistir.

A Lei 12.403/2011, no entanto, manteve no artigo 312 a possibilidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica. A decretação da medida sem a constatação da existência de um perigo real para a sociedade, motivada unicamente pela ofensa à ética, aos costumes ou o mero repúdio social não são elementos legítimos para fundamentar a decisão e restringir a liberdade do réu. A imprecisão do termo ordem pública acaba por gerar certa insegurança jurídica, de modo a servir como fundamento de decretações que de outro modo não encontrariam respaldo legal. Um dos argumentos para esse tipo de decisão é o interesse do Poder Judiciário de resguardar a sua credibilidade perante a sociedade, mobilizada com alguns casos exaustivamente explorados pela mídia. Parece legítimo o interesse da Justiça em mostrar sua eficiência e magnitude por meio das prestações jurisdicionais. No entanto, tal tentativa não deve ser praticada em prejuízo do direito do acusado ou réu.

Decretar a prisão preventiva no afã de propiciar uma prevenção geral e especial frente ao corpo social, também não configura um procedimento legítimo. Além disso, cabe ressaltar, o preso preventivo não foi sequer sentenciado para ser colocado na posição de exemplo aos demais. Dessa forma, “[...] excluindo-se os fins preventivos imediatos, o fundamento real de uma medida de coerção só pode residir no perigo de fuga do imputado ou no perigo de que se obstaculi-

⁵³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Quadro Geral. <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm> Acesso em: 09 out. 2011.

ze a averiguação da verdade”.⁵⁴ Dessa forma, a condenação antecipada do casal Nardoni pode ser atribuída à participação da mídia na divulgação do caso. O resultado foi a “contaminação” do Poder Judiciário a partir de uma resposta social inesperada, atribuída à exploração da mídia. Ademais:

[...] desde a proliferação no rádio e na televisão de programas policiais de forte apelo popular, iniciada na década de 90, várias entidades da magistratura passaram a criticar de modo veemente o que chamam de “justiça espetáculo”: a exploração da violência e a manipulação de uma opinião pública não afeita às técnicas, procedimentos e normas do Direito Penal, por parte de comunicadores ávidos de audiência. Segundo os juízes, a pretexto de noticiar, esses programas são uma forma irresponsável de linchamento moral, substituindo a razão pela emoção e instigando o instinto primitivo de vingança.⁵⁵

Importante o posicionamento do Promotor de Justiça Roberto Livianu ao ressaltar a necessidade do promotor ser cuidadoso para que a exposição midiática não deturpe o processo. “O grau de exposição e a comoção pública causam interferências no julgamento”, e acrescentou que o bom promotor tem de resistir ao clamor público para trabalhar com responsabilidade. “Ele não pode ser visto como um vingador da sociedade”.⁵⁶

Uma das medidas para melhorar o impasse na interpretação pode ser obtida mediante alteração do diploma legal por meio da alteração do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração dos termos com sentido amplo (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica), substituindo-se por uma redação compatível com o ordenamento jurídico de forma a proteger a sociedade contra um perigo real, caso o acusado ou réu se comporte de forma a apresentar tal conduta.

⁵⁴ MAYER, Julio, 1989, apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 1 v., p. 765.

⁵⁵ CONSULTOR JURÍDICO. Execração popular condenou casal Nardoni antes do Júri. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 mai. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-11/execracao_popular_condenou_casal_nardoni_antes_juri>. Acesso em: 30 mar. 2009.

⁵⁶ MILICIO, Gláucia. População pede vingança, não Justiça, diz José Carlos Dias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 de mai. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/populacao_vinganca_nao_justica_jose_carlos_dias>. Acesso em: 30 mar. 2009.

Por fim, salienta-se que a precisão na letra da lei não é a solução para a correta aplicação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. O principal aspecto a ser observado é zelar para que se faça uma leitura do processo conforme a Constituição Federal para aplicar o direito de forma mais justa e equânime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, 3 v.
- CONSULTOR JURÍDICO. Execração popular condenou casal Nardoni antes do Júri. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 maio 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-mai-11/execracaopopularcondenoucasalnardoniantesjuri>>. Acesso em: 30 mar. 2009.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2008.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Manual prático de processo penal**. 4. ed. Campinas: Edicamp, 2001.
- FOLHA ONLINE. **Peritos entregam laudo final com dados sobre a morte de Isabella**. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>. Acesso em: 09 out. 08.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4 v.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, 4 v.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILICIO, Gláucia. População pede vingança, não Justiça, diz José Carlos Dias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 maio 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/populacao_vinganca_nao_justica_jose_carlos_dias >. Acesso em: 30 mar. 09.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Formulário categoria e indicadores preenchidos**. Disponível em:<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 03 dez. 09.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Estado não pode impor culpa com base na opinião pública. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 maio 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-mai-15/estado_nao_impor_culpa_base_opinio_publica >. Acesso em: 30 mar. 09.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. **Decretação da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 out. 08.

PÓVOA, Liberato. **O procedimento no juízo criminal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. **Cautelaridade da prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A prisão cautelar**. Santo André: Ledix, 2005.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ZACKSESKI, Cristina. **A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos Distritos Federais do Brasil e do México.** Tese de Doutorado - Estudos Comparados sobre as Américas. Brasília: UnB, 2006.

_____. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. In. **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo: FBSP, 2009.

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM PORTUGAL SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Lucienne Casqueiro Gois

Cristina Zackseski

Resumo: Este artigo tem por objetivo descrever a experiência relativa à descriminalização do aborto em Portugal e suas implicações jurídicas, culturais, políticas e econômicas, uma vez que a decisão se deu por referendo e que as consequências de tal decisão já podem ser analisadas sob tais enfoques. Nesse sentido, o referencial teórico da Criminologia Feminista apresenta-se como instrumental adequado a esse tipo de análise, pois não restringe a observação aos aspectos jurídicos formais e à predominância masculina nas discussões que afetam a vida sexual e reprodutiva das mulheres.

1 INTRODUÇÃO AO CASO PORTUGUÊS

A descriminalização¹ do aborto em Portugal foi decidida por referendo ocorrido em 11 de fevereiro de 2007. Já era a segunda vez que a população lusitana era chamada a se pronunciar sobre o aborto por opção da mulher – hipótese em que a vontade pura e simples é suficiente para a realização de um aborto. A conduta passou a ser permitida desde que praticada até a décima semana de gestação.

Muito distante da simplicidade acima retratada, o aborto precisou de quase três décadas para gradativamente ver sua disciplina alterada no Código Penal

¹ Em Portugal, o uso da palavra despenalização é mais frequente. Contudo, segundo Raúl Cervini, descriminalização e despenalização são institutos distintos. Segundo o referido autor, a descriminalização consiste em “[...] retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”. Já a despenalização é “[...] o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”. Assim exposto, a alteração legislativa em Portugal foi, de fato, uma descriminalização – visto que até a 10ª semana de gravidez, o aborto não é mais punível. (CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81-85.)

português. Da proibição absoluta (posteriormente mitigada pelas Leis n.º 6/1984 e n.º 90/1997) ao permissivo legal do aborto por opção, a luta pelos direitos das mulheres foi marcada por mais dissabores do que conquistas.

O movimento suspirou aliviado pela vitória à custa de anos de abortos clandestinos e insalubres, da mortalidade materna, da mutilação e incapacitação de milhares de mulheres que não deixaram de praticar a conduta porque se tratava de um crime. Uma luta publicamente incômoda para toda a sociedade, ainda marcada pelo conservadorismo ditatorial, e intimamente suportada por cada mulher que se viu compelida a se autodeterminar à revelia do próprio Estado.

Desde 1980, projetos de lei sobre o tema eram sucessivamente apresentados e rejeitados. Assuntos como contracepção e planejamento familiar, intimamente ligados ao aborto, também foram discriminados por muito tempo.² Não obstante, realizaram-se dois referendos sobre a descriminalização do aborto por opção, sendo que ambos contaram com campanhas intensas.

O primeiro referendo ocorreu em 1998 e causou muita polêmica em razão de ter sido fruto de um acordo entre os líderes dos dois maiores partidos políticos (que se valeram da força parlamentar para submeter o projeto de lei aprovado a um referendo).³ O segundo referendo aconteceu no ano de 2007 e, como já dissemos, resultou na descriminalização do aborto até a 10ª semana de gestação, com uma porcentagem de 59,25% dos votos nesse sentido.⁴

Portugal viveu quase cinco décadas sob um regime ditatorial – de 1926 a 1974 – o mais longo da Europa Ocidental.⁵ Do mencionado regime, destaca-se o período de 1933 a 1968, comandado por António de Oliveira Salazar – que se guiava por valores claramente nacionalistas e cristãos, com forte apelo à proteção da instituição familiar.⁶

Em um contexto como esse, é possível antever os obstáculos enfrentados pelo reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das lusitanas (especial-

² TAVARES, Manuela. **Aborto e contracepção em Portugal**. Lisboa: Horizonte, 2003, *passim*.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, p. 100.

⁴ COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES. **Resultados Eleitorais 2007**. Disponível em: <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=11&mes=02&ano=2007&eleicao=re1>>. Acesso em: 06 maio. 2011.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. Op. cit. 2010, p. 93.

⁶ MARQUES, A. H. de Oliveira. **Breve história de Portugal**. 4. ed. Lisboa: Presença, 2001, p. 623-625.

mente quanto ao aborto por opção). Detalharemos a seguir os debates e dificuldades dos referendos realizados.

2 O REFERENDO DE 1998: UM ACORDO POLÍTICO SOBRE O ABORTO

Os valores salazaristas, cultivados por tanto tempo, não desapareceriam tão facilmente. O aborto foi absolutamente proibido até o ano de 1984 – e foi necessário perseverança até que o Parlamento aprovasse as primeiras excludentes de ilicitude, quais sejam:

Artigo 140

(Exclusão de Ilicitude do aborto)

Não é punível o aborto efectuado por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

Constitua o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

Se mostre indicado para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, e seja realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez;

Haja seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou mal-formação, e seja realizado nas primeiras 16 semanas de gravidez;

Haja sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher, e seja realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez.⁷

Em 1997, o supracitado artigo foi modificado somente para conferir um lapso temporal maior para: interrupção nos casos de má-formação fetal – de 16 para 24 semanas, e gravidez que resulte de crime contra a liberdade sexual da

⁷ PORTUGAL. **Lei nº 6/1984: Exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez.** Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

mulher – de 12 para 16 semanas.⁸ No entanto, a vontade da mulher, por si só, ainda não era considerada motivo suficiente para a prática do aborto.

No início de 1998, dois partidos políticos apresentaram, cada um, novos projetos de lei sobre a descriminalização do aborto por opção – Juventude Socialista (JS) e Partido Comunista Português (PCP). O projeto da JS recebeu apoio da legenda que possuía a maior bancada parlamentar à época (Partido Socialista – PS) e, conseqüentemente, foi aprovado. O projeto do PCP foi rejeitado.⁹ Esse fato seria considerado um marco na história do movimento pela descriminalização do aborto em Portugal. Todavia, momentos após a aprovação do projeto da JS, os líderes do PS e do Partido Social Democrata (PSD) – os dois maiores partidos políticos – resolveram submeter o projeto a um referendo. A opinião contrária à descriminalização do aborto de António Guterres (Primeiro-Ministro¹⁰ e líder do PS) e Marcelo Rebelo de Sousa (líder do PSD) era um fato público.¹¹

Antes mesmo da deliberação dos projetos de lei, ao prever uma possível vitória no Parlamento, o Primeiro-Ministro já defendia a realização de um referendo, caso os projetos fossem aprovados.¹² Como se não bastassem as dificuldades históricas para aprovar a descriminalização, o movimento pró-aborto teve de assistir à transação de suas aspirações. Dois líderes, abertamente contra o aborto, valeram-se da força política para criar mais um obstáculo à conquista do poder de decisão da mulher.¹³

O referendo foi marcado para o dia 28 de junho de 1998, pouco mais de quatro meses após a aprovação do projeto da JS. Considerando-se a complexidade da questão, foi um curto intervalo de tempo para que os interessados pudessem se mobilizar em defesa de suas causas.¹⁴ Em Portugal, o voto é facultativo.

⁸ PORTUGAL. **Lei nº 90/1997: Altera os prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez.** Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, p. 99-100.

¹⁰ GOVERNO DE PORTUGAL. **Chefes do governo desde 1821.** Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Governo/ArquivoHistorico/ChefesGoverno/Pages/pms.aspx>>. Acesso em: 19 maio. 2011.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. Op. cit. 2010, p. 100.

¹² ALMEIDA, São José. **Guterres impõe referendo.** Disponível em: <<http://cdocfeminista.docbweb.net/MULTIMEDIA/ASSOCIA/UMAR/10602031.PDF>>. Acesso em: 20 maio. 2011.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. Op. cit., 2010, p. 100.

¹⁴ Idem, p. 100-101.

A Constituição define o exercício do direito ao voto como um dever cívico, sem previsão de qualquer penalidade para quem opte pela abstenção.¹⁵

A consulta popular teve como resultado a vitória do “Não” à descriminalização com 50,07% dos votos – contra 48,28% do “Sim”. O que causou grande surpresa foi o alto índice de abstenção: 68,11%.¹⁶ Mais da metade dos eleitores não compareceu às urnas. Consequentemente, de acordo com o art. 240 da Lei nº 15-A/98, esse referendo não possuía validade (“não vinculativo”).¹⁷ Mesmo considerado legalmente inválido, o PS (partido governista) resolveu respeitar o resultado do referendo.¹⁸ No caso em tela, a ausência de validade não gerou prejuízo à vitória do “Não” – vinculativo ou não, o referendo não alteraria a situação legal do aborto.

Além da fraca campanha do movimento pela descriminalização, outros fatores contribuíram para o resultado apresentado nas urnas. O longo período ditatorial é um deles. Após tanto tempo de opressão, convencer os portugueses a se pronunciarem sobre um tema tão polêmico foi difícil. Há de se considerar que a discussão sobre o aborto, que naturalmente remete à sexualidade e à reprodução, tende a gerar desconforto em um país majoritariamente católico (estima-se que 89,8% da população)¹⁹ e de passado conservador.²⁰

Considere-se também a questão ligada à baixa aplicabilidade da lei criminalizadora. O movimento a favor da descriminalização chamou atenção para algumas questões não resolvidas: como mostrar a agressividade de uma lei se ela mal é aplicada? Por que mudar uma lei que não acarreta punições? Ante essas

¹⁵ PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/LEGISLACAO/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art49>>. Acesso em: 22 maio. 2011.

¹⁶ COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES. **Resultados Eleitorais 1998**. Disponível em: <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=28&mes=06&ano=1998&eleicao=re1>>. Acesso em: 22 maio. 2011.

¹⁷ PORTUGAL. **Lei nº 15-A/98: Regime Jurídico do Referendo**. Disponível em: <http://www.cne.pt/dl/legis_lorr_2006_annotada.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2011.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, p. 126.

¹⁹ A fonte oficial foi consultada. Contudo, não foi possível encontrar a referida informação estatística. (PARÓQUIAS DE PORTUGAL. **Católicos em Portugal abaixo dos 90%: dados estatísticos da Igreja no país e no mundo**. Disponível em: <<http://www.paroquias.org/noticias.php?n=6563>>. Acesso em: 22 maio. 2011).

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. Op. cit. 2010, p. 125.

considerações, aqueles que condenam o aborto passaram a afirmar a desnecessidade de alteração legislativa.²¹

Frustradas suas aspirações, o movimento pela descriminalização do aborto teve de persistir para que o assunto não fosse esquecido - até que nova oportunidade surgisse para a mudança da lei.

3 O REFERENDO DE 2007: UM NOVO CONTEXTO

Após o Referendo de 1998, ocorreram fatos marcantes que influenciaram o contexto do novo referendo. A resposta penal ao aborto vinha sendo insignificante até então,²² mas a conduta passou a ser objeto de uma série de julgamentos após o referendo de 1998.²³ Alguns deles foram amplamente divulgados pela mídia, o que gerou a compaixão de boa parte da população - inclusive daqueles contrários à prática do aborto, que apesar de continuarem defendendo sua criminalização, passaram a discordar da imposição de pena de prisão para as mulheres.²⁴

O caso de maior repercussão foi o “Julgamento da Maia”. Em outubro de 2001, na cidade de Maia, dezessete mulheres foram julgadas pela prática do crime de aborto; também foram julgados profissionais de saúde e um assistente social. Em razão do grande número de réus (quarenta e três), o julgamento foi realizado em uma tenda montada no complexo esportivo da cidade - peculiaridade que atraiu a imprensa local e internacional. Dentre as mulheres, apenas duas foram condenadas. Uma teve a pena convertida em multa e a outra teve a prescrição do crime declarada.²⁵ Outros julgamentos que também se tornaram conhecidos ocorreram em: Aveiro (dezembro de 2003), Setúbal (junho de 2004), Lisboa (novembro de 2004) e Coimbra (novembro de 2004). No caso de Coimbra, os processos foram suspensos. Nos demais, as mulheres foram absolvidas.²⁶

²¹ Idem, p. 119-120.

²² Entre os anos de 1990 e 2006, apenas 84 mulheres foram condenadas pelo crime de aborto em Portugal. Esse número é considerado irrisório se compararmos à quantidade de mulheres que na mesma época recorreram ao aborto clandestino. (SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, p. 270.)

²³ Antes do Referendo de 1998, o único julgamento de destaque foi o de Conceição Massano. Sua acusação teve por fundamento o próprio diário pessoal, que gerou uma denúncia anônima. (TAVARES, Manuela. **Aborto e contraceção em Portugal**. Lisboa: Livros Horizonte, 2003, p. 24)

²⁴ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã**. Porto: Afrontamento, 2007, p. 44-47.

²⁵ TAVARES, Manuela. Op. cit. 2003, p. 47-49.

²⁶ PENICHE, Andrea. Op. cit. 2007, p. 45-47.

Esses acontecimentos ocuparam espaço na cena pública. Mas, conforme exposto, apesar da mobilização no sentido de mostrar que a lei era eficaz, esses julgamentos resultaram em absolvições na maioria dos processos. Aqueles que implicaram em condenação resultaram em poucos meses de prisão convertida em multa, ou foram atingidos pela prescrição.²⁷

Se por um lado, os referidos julgamentos não reforçaram a lei criminalizadora, serviram para materializar o sentimento de reprovação com relação a essas mulheres – as quais foram expostas e submetidas a um constrangimento público, situação que, por si só, já constitui uma pena, embora não reconhecida formalmente.

Em meio aos julgamentos, no ano de 2003, os movimentos pró-aborto iniciaram uma campanha para reunir assinaturas suficientes²⁸ à propositura de um novo referendo. Em outubro de 2004, o Parlamento recebeu uma petição com mais de 120 mil assinaturas a favor da descriminalização do aborto. Entretanto, a coligação partidária então governante se recusou a deliberar sobre o assunto – os partidos da coligação já haviam combinado entre si não alterar a situação legal do aborto durante o mandato.²⁹

Outro fato que também marcou o período pós-referendo foi a proibição da entrada do barco da ONG holandesa *Women on Waves* (WoW), em Portugal no ano de 2004. Essa ONG costuma visitar países onde o aborto é criminalizado e transporta mulheres para se submeterem ao procedimento em águas internacionais.³⁰

O procedimento eleito pela WoW é o aborto medicamentoso, realizado com a administração combinada de pílulas de *mifepristone* (referida também pelos seguintes nomes: *RU 486*, *mifegyn*, *mifeprex*) e *misoprostol* (também conhecida como: *cytotec*, *arthrotec*, *oxaprost*, *cyprostol*, *mibetec*, *prostokos* ou *misotrol*).³¹

²⁷ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 48/1995**. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

²⁸ De acordo com o art. 16 da Lei nº 15-A/98 (Regime Jurídico do Referendo), no caso de iniciativa popular, é necessário recolher ao menos 75.000 assinaturas de cidadãos eleitores devidamente recenseados.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, p. 128-129.

³⁰ Idem, passim.

³¹ WOMEN ON WAVES. **How can I do an abortion with pills?** Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

A recusa em receber o barco (conhecido como *Borndiep*) fundou-se na soberania do Estado português – que não poderia permitir que uma organização estrangeira aportasse em território lusitano a fim de levar mulheres a cometer um ato considerado delito no ordenamento pátrio. Ademais, alegou-se que a chegada do barco poderia gerar represálias, o que ocasionaria a perturbação da ordem pública.³²

Além das justificativas anteriormente mencionadas, há uma que merece atenção especial. Foi invocada a preocupação com a saúde pública, visto que os abortos seriam realizados na clínica a bordo do barco³³ e com medicamentos proibidos pelas autoridades sanitárias portuguesas. Em suma, o governo alegou que as condições eram impróprias para o procedimento.³⁴ Note-se que o argumento foi o mesmo empregado (há tantos anos) para acabar com o aborto clandestino em Portugal – esse sim um perigo à saúde pública, capaz de matar e mutilar mulheres de forma irremediável.

Frustrada sua missão, e sob vigilância da Marinha portuguesa, o barco da WoW retornou antes do previsto.³⁵

A censura ao barco da WoW gerou repercussão nacional e internacional – inclusive pelo fato de Portugal ser um dos poucos países que ainda criminalizavam o aborto na Europa, como é possível visualizar no mapa a seguir (atualizado em 2007)³⁶:

³² SANTOS, Boaventura de Sousa et al. Op. cit. 2010, p. 132-133.

³³ Frise-se que o barco viaja com uma equipe formada por uma médica especializada no procedimento de aborto, uma ginecologista e uma enfermeira igualmente especializada. A organização garante que o padrão de qualidade do serviço médico oferecido excede àquele exigido pela Holanda e outros países europeus que admitem a prática do aborto – situação diversa da insalubridade dos abortos clandestinos. Ademais, a WoW é conhecida internacionalmente por seus préstimos. (WOMEN ON WAVES. **Medical Licenses of Women on Waves**. Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/article-259-en.html>>. Acesso em: 07 jul. 2011.)

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, p. 132-133.

³⁵ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã**. Porto: Afrontamento, 2007, p. 42.

³⁶ Legenda livremente traduzida. A interpretação legislativa pode variar de um país para outro, mesmo quando eles se enquadrem na mesma legenda. Para informações mais precisas, consultar a fonte do mapa.

Rosa = para salvar a vida da mulher ou completamente proibido;

Verde = sem restrição quanto ao motivo;

Amarelo = para preservar a saúde mental;

Azul = motivos socioeconômicos ; e

Roxo = para preservar a saúde física.



FONTE: CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. Disponível em: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civactions.net/files/documents/Abortion%20Map_FA.pdf>. Acesso em: 06 set. 2011.

Apesar da impossibilidade de visualização, Malta se enquadra na legenda rosa.³⁷ Quanto à Espanha (amarelo), a Lei orgânica nº 9 de 5 de julho de 1985 é muito semelhante à Lei nº 6 de 1984 (lei portuguesa que vigorou até a descriminalização). Mas enquanto Portugal precisou alterar a legislação para permitir a prática do aborto por opção, a Espanha ainda mantém o mesmo diploma legal.³⁸

Por mais que não haja a previsão do aborto por opção, as espanholas não encontram dificuldades para abortar. É decorrência de uma interpretação ampla que os médicos da Espanha dão à disciplina legal do aborto. Nesse país, a maioria dos abortos é realizada pelo setor privado. Além do mais, antes da descriminalização em 2007, as portuguesas que possuíam melhor condição de vida costumavam abortar nas clínicas espanholas.³⁹

³⁷ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. Disponível em: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civactions.net/files/documents/Abortion%20Map_FA.pdf>. Acesso em: 06 set. 2011.

³⁸ ESPANHA. **Ley orgánica 9 de 5 de Julio 1985**. Disponível em: <http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/ley_organica_5julio1985.htm>. Acesso em: 06 set. 2011.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, *passim*.

Além da inevitável comparação com os países europeus e do envolvimento de associações civis, o caso da WoW provocou a manifestação de diversas autoridades portuguesas (médicos, políticos, ministro de estado, farmacêuticos, sanitaristas, profissionais de direito) e foi uma importante oportunidade para debater o assunto.⁴⁰

Meses após o relatado episódio, em fevereiro de 2005, ocorreram eleições legislativas antecipadas – Jorge Sampaio, Presidente da República à época, dissolveu o Parlamento em dezembro de 2004. A composição do Parlamento mudou com a conquista da maioria absoluta pelo PS (partido de esquerda), cuja promessa de campanha consistia na realização de um novo referendo sobre a descriminalização do aborto. Devido a impasses na agenda parlamentar, apenas em outubro de 2006, a proposta de novo referendo foi aprovada.

O presidente eleito em 2006 (Aníbal Cavaco Silva) designou o dia 11 de fevereiro de 2007 para a consulta popular.⁴¹ O referendo teve como resultado a vitória do “Sim” com 59,25% dos votos – em face dos 40,75% obtidos pelo “Não”. A abstenção foi de 56,43% – 11,68% menor que a do referendo de 1998.⁴²

Novamente o resultado do referendo não foi “vinculativo” – conforme o disposto no art. 240 da Lei nº 15-A/98.⁴³ Apesar de a porcentagem de abstenção haver reduzido, ela continuou acima de 50% dos eleitores votantes. Ou seja, de acordo com o referido dispositivo legal, a vitória do “Sim” não poderia implicar na descriminalização do aborto.

Mesmo com a ausência de validade legal do referendo, o governo (PS) acatou a vitória do “Sim” nas urnas. Aliás, antes mesmo da divulgação dos resultados, o Primeiro-Ministro José Sócrates já havia declarado aos meios de comunicação que bastaria a vitória por maioria simples para que o aborto fosse

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, *passim*.

⁴¹ Idem, p. 151-152.

⁴² COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES. **Resultados Eleitorais 2007**. Disponível em: <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=11&mes=02&ano=2007&eleicao=re1>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

⁴³ PORTUGAL. **Lei nº 15-A/98**: Regime Jurídico do Referendo. Disponível em: <http://www.cne.pt/dl/legis_lorr_2006_annotada.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2011.

descriminalizado – a seu ver, um referendo não vinculativo dá poder ao Parlamento de acolher ou não o resultado.⁴⁴

Dentre os fatores que levaram ao resultado verificado em 2007, o amadurecimento do movimento pró-descriminalização merece destaque. Nesse referendo, a campanha foi estrategicamente articulada para a vitória – principalmente devido à adoção de argumentos menos polêmicos e mais consensuais (ocorrências de aborto clandestino, fim dos julgamentos e da pena de prisão). O apoio de diversos setores da sociedade aliado ao empenho do Primeiro-Ministro e seu partido (PS) também foram fundamentais. Por fim, os acontecimentos anteriores ao referendo (julgamentos e censura à visita da WoW) criaram um contexto favorável à mudança há tanto tempo desejada.⁴⁵

4 ALTERAÇÃO LEGAL E REGULAMENTAÇÃO DO ABORTO POR OPÇÃO

Apesar de não vinculativo, o Referendo de 2007 descriminalizou o aborto em Portugal. A partir de então, a decisão da mulher tornou-se suficiente para praticar um aborto lícito. A fim de cumprir a decisão do referendo, foi editada em abril a Lei nº 16/2007, a qual alterou o art. 142 do Código Penal português ao inserir a possibilidade de aborto por opção da mulher.⁴⁶

Importante ressaltar que a referida lei não alterou o art. 140 do Código Penal, ou seja, permanece tipificado: o autoaborto,⁴⁷ o consentimento da mulher para abortar⁴⁸ e o aborto praticado por terceiro com ou sem o consentimento

⁴⁴ PÚBLICO. **Aborto: "sim" à despenalização vence referendo.** Disponível em: <http://www.publico.pt/Pol%C3%ADtica/aborto-sim-a-despenalizacao-vence-referendo_1285434>. Acesso em: 13 jul. 2011.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, *passim*.

⁴⁶ PORTUGAL. **Lei nº 16/2007:** exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

⁴⁷ "A mulher grávida [...] que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos". (PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 48/95:** Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 21 abr. 2011)

⁴⁸ "A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro [...] é punida com pena de prisão até 3 anos". (Idem.)

da mulher⁴⁹. Em decorrência, como a lei apenas excluiu a ilicitude do aborto praticado até a décima semana, os abortos realizados fora do prazo legal em tese se enquadrariam nas hipóteses do art. 140. Inclusive, há notícias de abortos praticados fora do prazo legal.⁵⁰

Em razão da necessidade de conferir aplicabilidade ao novo diploma legal, o Ministério da Saúde de Portugal (“Direcção-Geral da Saúde”) editou a Portaria nº 741-A/2007 em junho de 2007. O ato normativo ministerial traz todas as particularidades técnicas e estabelece diretrizes aos estabelecimentos de saúde e seus profissionais. Em suma, a Portaria regulamenta todo o aspecto administrativo essencial à consecução do aborto por opção da mulher (ou “interrupção voluntária da gravidez” – IVG).⁵¹

Além da Portaria, a “Direcção-Geral da Saúde” lançou uma cartilha contendo informações sobre as consultas médicas, os tipos de procedimentos (cirúrgico ou medicamentoso) e uso de contraceptivos após o aborto.⁵²

5 O ABORTO EM TERMOS QUANTITATIVOS

Com base nas informações coletadas pelos estabelecimentos de saúde e repassadas à “Direcção-Geral da Saúde”, é possível ter uma noção da realidade do aborto em Portugal pós-referendo.

A primeira variável a ser analisada é o número de abortos praticados por opção da mulher. Verifica-se um crescimento de 1.208 procedimentos entre os anos de 2008 e 2009. Contudo, houve um decréscimo no importe de 311 procedimentos de 2009 para 2010.⁵³ Dentre todas as hipóteses legais, o aborto por

⁴⁹ “Quem por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até 3 anos” (Idem.).

⁵⁰ Informação veiculada pela mídia portuguesa. (TVI 24. **Ainda há abortos ilegais em Portugal**. Disponível em: <<http://www.tvi24.iol.pt/portal-iol/aborto-mulheres-ivg-clandestino-gravidez-tvi24/1177873-5281.html>>. Acesso em: 25 jul. 2011.)

⁵¹ PORTUGAL. **Portaria n.º 741-A/2007**. Disponível em: <http://www.ers.pt/legislacao_atualizada/outros-diplomas/ambito-da-saude/Port.%20741-A-2007-%2021%20Junho.pdf/view>. Acesso em: 14 jul. 2011.

⁵² DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE. **Interrupção da gravidez por opção da mulher**: guia informativo. Disponível em: <http://www.min-saude.pt/NR/rdonlyres/45E9069C-D6E4-416F-AEED-06B4B3EF7198/0/GuiaInformativoIVG_DGS.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2011.

⁵³ Com o advento da descriminalização, é natural que ocorram oscilações no número de procedimentos – o que se deve em grande parte a demandas até então reprimidas que integravam a cifra oculta do aborto. A tendência é que, com o tempo, as taxas se estabilizem.

opção da mulher corresponde à maioria dos procedimentos realizados – cerca de 96,8% em 2008/2009 e 97,2% em 2010:

IG/Motivo	2007 (15 Jul-31 Dez)	2008	2009	2010
a) Único meio de remover perigo de morte ou grave lesão p/ o corpo ou p/ a saúde física ou psíquica da grávida	7	21	14	8
b) Evitar perigo de morte ou grave e duradoura lesão para a saúde física ou psíquica da grávida	27	100	73	66
c) Grave doença ou má formação congénita do nascituro	134	455	524	440
d) Gravidez resultante de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual	12	17	15	11
e) Por opção da mulher	6.107	18.014	19.222	18.911
Total	6.287	18.607	19.848	19.436

Fonte: DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

Ressalte-se que os números relativos ao ano de 2007 correspondem apenas ao período de 15 de julho até 31 de dezembro, motivo pelo qual são substancialmente inferiores aos dos demais anos.

O setor público é o responsável pela maioria dos procedimentos realizados – 2008: 70,37%, 2009: 68,93% e 2010: 68,46%.⁵⁴ Os estabelecimentos estatais são mais acessíveis em razão da gratuidade do procedimento. Aliás, a gratuidade é um dos pontos atacados pelos antiabortistas. Alegam que os gastos configuram um ônus excessivo ao Estado –; calculam que, desde 2007, Portugal já gastou cerca de cem milhões de euros. Ademais, também há a possibilidade de o procedimento ser realizado pelo setor privado e pago com verba pública.⁵⁵ Inclusive, a grande maioria dos procedimentos realizados em estabelecimentos privados é encaminhada pelo setor público de saúde.⁵⁶

Interessante notar que, nos estabelecimentos públicos, predomina o procedimento medicamentoso e, nos privados, o cirúrgico.⁵⁷ É preciso lembrar que

⁵⁴ **Relatórios dos anos de 2008, 2009 e 2010 da “Direcção-Geral da Saúde”.** Disponíveis em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

⁵⁵ FEDERAÇÃO PORTUGUESA PELA VIDA. **Liberalização do aborto em Portugal, 4 anos depois.** Disponível em: <<http://www.federacao-vida.com.pt/estudos/FPV%20-%20Aborto,%204%20anos%20depois%20-%202011-02-11.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

⁵⁶ **Relatórios dos anos de 2008, 2009 e 2010 da “Direcção-Geral da Saúde”.** Disponíveis em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

⁵⁷ Idem.

os estabelecimentos do Estado geralmente possuem menos condições de se estruturar do que os estabelecimentos privados – sem contar o custo inferior do procedimento medicamentoso.⁵⁸

Há outra variável analisada pelos relatórios da “Direcção-Geral da Saúde” que também é alvo de críticas da ala contrária: o número de abortos praticados por cada mulher. O número de mulheres recorrentes é sempre inferior em relação àquelas que nunca haviam abortado antes. Por exemplo, de todas as mulheres que abortaram por opção em 2010, 75,41% nunca haviam se submetido ao procedimento antes. Dentre as que abortaram no ano de 2010: 1,86% já havia feito no mesmo ano; 6,36%, no ano de 2009; 4,63%, em 2008 e 11,74%, antes de 2008.⁵⁹

Em cada uma das tabelas abaixo, é possível observar o número de abortos por opção (“IG”) em face do número de abortos praticados anteriormente pela mulher – por exemplo: em 2010, 75,41% (14.260) das mulheres que abortaram por opção nunca o haviam feito antes:

2010		
Nº IG Anteriores	Nº IG	%
0	14260	75,41%
1	3673	19,42%
2	727	3,84%
3	152	0,80%
4	56	0,30%
5	25	0,13%
6	10	0,05%
7	2	0,01%
9	2	0,01%
>= 10	4	0,02%
Total	18911	100,00%

Fonte: DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

⁵⁸ PORTUGAL. **Portaria n.º781-A/2007**. Disponível em: <http://www.ers.pt/legislacao_atualizada/saude-publica-servico-nacional-de-saude/precos-e-taxas-moderadoras/Port.%20781-A-%20de%2016%20de%20Julho.pdf/view>. Acesso em: 23 jul. 2011.

⁵⁹ Idem.

Ano	2009	%
Num	Nº IVG	Nº IVG
0	15218	79.17%
1	3148	16.38%
2	595	3.10%
3	149	0.78%
4	51	0.27%
5	32	0.17%
6	12	0.06%
7	6	0.03%
8	3	0.02%
9	1	0.01%
>=10	7	0.04%
Total	19222	100.00%

Fonte: DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

Ano	2008	%
Num	Nº IVG	Nº IVG
0	14.465	80.30%
1	2.742	15.22%
2	574	3.19%
3	145	0.80%
4	35	0.19%
5	28	0.16%
6	11	0.06%
7	4	0.02%
8	2	0.01%
9	2	0.01%
>=10	6	0.03%
Total	18.014	100.00%

Fonte: DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

Mesmo com a publicação dos dados supracitados, os antiabortistas afirmam que a taxa de recorrência das mulheres é muito alta. Inclusive acusam as mulheres de usarem o aborto para fins de planejamento familiar – como uma espécie de contracepção.⁶⁰

6 ABORTO E CRIMINOLOGIA FEMINISTA

O caso lusitano envolveu aspectos de ordem política, social, histórica e religiosa, que, ao final, se encontram intimamente ligados. Por meio da riqueza de seus acontecimentos, a descriminalização do aborto em Portugal ilustrou

⁶⁰ FEDERAÇÃO PORTUGUESA PELA VIDA. **Liberalização do aborto em Portugal, 4 anos depois**. Disponível em: <<http://www.federacao-vida.com.pt/estudos/FPV%20-%20Aborto,%204%20anos%20depois%20-%202011-02-11.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

o quão trabalhoso é o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres – retrato das desigualdades de gênero que ainda persistem em muitas sociedades.

Um tema dotado de tanta complexidade não pode se limitar a um debate puramente jurídico – é o caso da já mencionada contenda entre o direito à vida do feto (ou embrião) e o direito à autodeterminação da mulher. Apesar de recorrente, esse tipo de discussão não tem trazido avanços de ordem prática.

Em uma perspectiva diversa, a Criminologia permite uma compreensão além daquela que a abordagem estritamente jurídica é capaz de fornecer, visto que se propõe a analisar o contexto que lhe é apresentado.⁶¹ Atentando-se à pluralidade dos campos teóricos (Criminologia e Feminismo), e longe de esgotá-los, proceder-se-á a breve abordagem de alguns pontos para então situarmos especificamente o referencial teórico eleito.

A diversidade de tendências criminológicas deve-se ao progresso sofrido pela Criminologia ao longo de sua existência – do reconhecimento de sua autonomia à influência das ciências sociais e dos demais ramos do saber, identificamos vários teóricos e tendências que integram a disciplina.⁶²

É possível entender e determinar a distinção mais importante da disciplina ocorrida entre a Criminologia Tradicional e a Criminologia Crítica. Em síntese, a Criminologia Crítica representa a superação do positivismo e seu paradigma etiológico.⁶³ As tendências criminológicas que integram a Criminologia Crítica se propõem a analisar e questionar a forma como as normas são produzidas (para o quê e a quem se destinam), além do modo de atuação do sistema penal em uma sociedade não homogênea – nesse ponto, o controle social torna-se também um importante objeto de estudo. Em suma, há uma crítica ao modelo de criminalidade causal-explicativa dos teóricos da Criminologia Tradicional.⁶⁴

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-45.

⁶² Idem, *passim*.

⁶³ Segundo esse paradigma, a criminalidade possui um caráter ontológico. Nessa perspectiva, traços biológicos e psicológicos são determinantes para a caracterização de um indivíduo como criminoso – é a criminalidade patológica, fatalmente determinada. Sob esse ângulo, o indivíduo em si é a fonte das causas da criminalidade, não a dinâmica social (BARATTA. Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, *passim*.).

⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 27-33.

Com relação ao Feminismo, não há como negar que é constituído por diferentes posicionamentos acerca da desigualdade de tratamento entre os gêneros. Apenas para ilustrar a diversidade do movimento, Baratta identifica três correntes – empirismo feminista, ponto de vista feminista e pós-modernismo feminista.⁶⁵ Além desses, é possível encontrar vários outros discursos feministas, os quais são fruto da relação do gênero com outras variáveis presentes na sociedade, como por exemplo: feminismo marxista, negro e do terceiro mundo, dentre outros.⁶⁶

Aliás, essa diversidade reflete uma crítica frequentemente levantada ao se agruparem todas as mulheres em um “feminismo único”, sem considerar diferentes circunstâncias como etnia e classe social, por exemplo. Assim, ao generalizar as mulheres, uma série de distinções entre elas permanece oculta. Portanto, por mais que se afirme que elas têm em comum a opressão ao feminino, não há como dizer o mesmo quanto à classe social a qual pertencem, à religião que professam, à cor da pele, à orientação sexual adotada e a tantas outras condições pessoais que proporcionam a cada mulher uma experiência de vida única – ademais, essas condições pessoais são determinantes para definir as diferentes posições sociais que cada uma delas ocupa. Nessa linha de pensamento, um movimento de mulheres como originalmente concebido termina por homogeneizar toda essa diversidade de mulheres, distorcendo a forma como cada uma vive a opressão – que pode ser em uma escala maior ou menor se compararmos umas com as outras.⁶⁷

Em contrapartida, ao se considerarem todas essas peculiaridades, o discurso contra a desigualdade de tratamento entre os gêneros se fragmenta e perde a força. Não há como ignorar essa multiplicidade de identidades; mas, para que determinados problemas que afetam grande parte das mulheres (como o aborto) sejam enfrentados, a união dessa pluralidade feminina torna-se essencial –

⁶⁵ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

⁶⁶ CONCEIÇÃO, Antônio Carlos Lima da. **Teorias feministas**: da “questão da mulher” ao enfoque de gênero. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Conceicao_art.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011.

⁶⁷ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós**: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã. Porto: Afrontamento, 2007, p. 76-79.

recorde-se que o gênero, por si só, ainda é determinante para a forma como a sociedade e suas instituições se estruturam.⁶⁸

Malgrado a diversidade sucintamente exposta, o presente trabalho não se orienta por uma corrente feminista em particular, mas sim por uma construção teórica tratada em diversos estudos feministas: o paradigma do gênero.^{69,70} Aqui a distinção entre sexo biológico e gênero é crucial para a compreensão da construção social das figuras do masculino e do feminino e o desempenho de seus respectivos papéis.⁷¹

Assim exposto, ao nos referirmos à Criminologia Feminista, deve-se entender pela associação entre a Criminologia Crítica e o paradigma do gênero – mesma perspectiva criminológica adotada por Baratta ao discorrer sobre a relação entre o sistema penal e o gênero feminino.⁷²

7 SER MULHER, TORNAR-SE MULHER: A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO GÊNERO

Além do campo dos direitos, a proibição do aborto está ligada à estrutura social. A vida em sociedade é orientada por normas de caráter legal e outras de naturezas diversas (por exemplo, normas sociais, culturais, religiosas). Em decorrência, há expectativas quanto ao comportamento dos indivíduos que a integram. Conseqüentemente, esses indivíduos são orientados desde cedo a seguir a disciplina social de sua coletividade – é o processo de socialização.⁷³

⁶⁸ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós**: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã. Porto: Afrontamento, 2007, p. 76-79.

⁶⁹ Não obstante alguns trabalhos sobre o assunto não a empreguem, optamos por utilizar a expressão supracitada, a qual se encontra presente no artigo “O paradigma do gênero” de Alessandro Baratta, fonte muito solicitada no curso deste trabalho.

⁷⁰ É inegável a quantidade de teóricos que tratam do feminismo e suas diversas correntes com profundidade. Entretanto, a finalidade deste trabalho é mais singela: proporcionar um novo olhar para a discussão do aborto, sem a pretensão de tecer minúcias ou se afirmar como partidário de uma corrente específica. Nesse sentido, a adoção da referida construção teórica (paradigma do gênero) se mostra apropriada para a análise do problema levantado.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 21-23.

⁷² Idem, *passim*.

⁷³ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133-134.

Nesse contexto, dentre as diversas expectativas da coletividade, encontram-se aquelas concernentes ao desempenho de papéis⁷⁴ masculinos e femininos. Contudo, a distribuição desses papéis não é mera causalidade; ela é pautada nas distintas concepções acerca dos gêneros.⁷⁵

Mas antes de adentrar a questão dos papéis masculinos e femininos, importante destacar a distinção entre gênero e sexo biológico.

As Ciências Naturais nos fornecem critérios que permitem a identificação de um ser humano como homem ou mulher – aqui há uma diferenciação puramente biológica dos sexos (“macho/fêmea”). Por outro ângulo, o gênero resulta de uma construção social. Ou seja, as sociedades (imbuídas de seus próprios valores, normas, história e cultura) criam a figura masculina e a feminina, determinam com base em seus próprios ditames a forma como um indivíduo é reconhecido como homem ou mulher naquele meio social – e quais papéis lhe cabem desempenhar, assim:

[...] o gênero é uma categoria relacional que aponta papéis e relações socialmente construídas entre homens e mulheres. Tornar-se mulher, mas tornar-se homem também, são processos de aprendizado nascidos de padrões sociais estabelecidos, que são reforçados através de normas, mas também através da coerção e são modificados no tempo, refletindo as mudanças na estrutura normativa e de poder dos sistemas sociais. [...] gênero refere-se aos aspectos da vida social que são vivenciados diferentemente porque homens e mulheres têm papéis diferentes que lhes são designados.⁷⁶

Embora ambos sejam frutos de uma construção social, há uma histórica prevalência do gênero masculino sobre o feminino. Dessa forma, a diferença que antes era meramente biológica tornou-se uma desigualdade de fato. Para cada

⁷⁴ Conforme a definição do Dicionário Crítico de Sociologia, os papéis “[...] podem ser definidos como sistemas de *coerções* normativas a que devem curvar-se os *atores* que o desempenham, e de *direitos* correlativos a essas coerções. As coerções normativas associadas a cada um dos papéis, sendo, no caso mais simples, mais ou menos conhecidas do conjunto dos atores pertencentes a uma organização, criam *expectativas de papel* (*role expectations*), cujo efeito é reduzir a incerteza da interação: quando o ator A entra em interação com o ator B, ambos esperam que o outro aja dentro do quadro normativo definido por seu papel” (BOUDON, R.; BOURRICAUD, F. **Dicionário Crítico de Sociologia**. São Paulo: Ática, 1993, p. 415.)

⁷⁵ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã**. Porto: Afrontamento, 2007, p. 74-75.

⁷⁶ BANCO MUNDIAL (Ed.). **A questão de gênero no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cbpf.br/~mulher/leta2.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

característica atribuída à mulher, há um contraponto masculino considerado superior, o que se traduz nas oposições masculino/feminino, como por exemplo: razão/emoção, forte/fraco, ativo/passivo, objetivo/subjetivo – é a construção da mulher como o “sexo frágil”.⁷⁷

É dessa exaltação ao masculino que a ideologia patriarcal⁷⁸ provém. Andrea Peniche salienta a importância de se conferir uma natureza política⁷⁹ ao patriarcalismo. Nessa linha de pensamento, a atribuição de um caráter político procura negar a noção de que a desigualdade de gênero é ontológica – como se ela derivasse naturalmente de questões pré-existentes à própria construção dos gêneros. Em outras palavras, não há uma superioridade natural e predeterminada do homem, mas sim a elaboração de um discurso patriarcal de dominação:

Esta ideia de reconhecer o patriarcado como *política* é uma ideia teoricamente rica porque o retira de uma dimensão puramente ontológica, negando, desta forma, e ideia de preexistência de essências que justifiquem a divisão social e sexual que o patriarcado instaura.⁸⁰

Em contraposição a esse determinismo biológico da superioridade masculina surge o paradigma do gênero. O paradigma do gênero é trabalhado de diferentes formas pelas feministas. Entretanto, Alessandro Baratta definiu algumas assertivas que constituem a sua essência: o gênero deriva de uma constru-

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, *passim*.

⁷⁸ O exercício do poder patriarcal é tradicionalmente associado aos homens. Contudo, esta é uma função capaz de ser delegada às próprias mulheres, que podem exercê-la, por exemplo, em face de crianças e adolescentes. Ou seja, nessa perspectiva, o poder patriarcal é conferido aos homens em geral, que podem optar por exercê-lo ou não, de forma direta ou indireta. (SAFFIOTI, Heleieth I. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. **Cadernos Pagu**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2011.)

⁷⁹ Segundo Norberto Bobbio “O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao poder. [...] o poder é definido por vezes como uma relação entre dois sujeitos, dos quais um impõe ao outro a própria vontade e lhe determina, malgrado seu, o comportamento. [...] a definição do poder como tipo de relação entre dois sujeitos tem de ser completada com a definição do poder como posse dos meios (entre os quais se contam como principais o domínio sobre os outros e sobre a natureza) que permitem alcançar justamente uma “vantagem qualquer” ou os “efeitos desejados”. O poder político pertence à categoria do poder do homem sobre outro homem, não a do poder do homem sobre a natureza” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. São Paulo: UnB, 2004, p. 954-955.)

⁸⁰ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã**. Porto: Afrontamento, 2007, p. 74.

ção social e independe do sexo biológico; o gênero é ligado à estrutura social e, portanto, condiciona a linguagem, o pensamento e a forma de organização da sociedade, inclusive de suas instituições; as qualidades contrapostas (masculino/feminino) representam a divisão desigual de papéis entre os gêneros, elas ilustram e mantêm as diferenças de poder existentes entre eles.⁸¹

De posse das referidas assertivas, e retomando o tema da distribuição de papéis entre os gêneros, é possível perceber essa desigualdade de tratamento quando falamos em esfera pública e privada. Tradicionalmente, a ideia de feminino remete a mulher ao campo de ação privado – espaço propício para o desempenho de seus “papéis naturais” de mãe, esposa e administradora do lar (natureza reprodutiva). No que tange ao homem, o espaço público lhe é reservado. Nessa esfera, o gênero masculino desempenha o papel de provedor e proprietário (natureza produtiva) e, via de regra, encontra-se em uma relação de disputa com outros homens – diferente do espaço privado, onde se fala em uma relação de dominação do homem sobre a mulher.⁸²

Apesar dessa divisão (público-privado) e suas decorrências acima explanadas, o fato é que, atualmente, a mulher já se faz notar no espaço público. Por exemplo, muitas mulheres trabalham fora de casa e sustentam o lar, ou ao menos repartem essa função de provedora com o homem – todavia, nesses casos, a maioria das mulheres ainda cumpre uma dupla jornada: no trabalho propriamente dito e no lar, o que denota que a atividade doméstica (esfera privada) ainda está vinculada à figura feminina.⁸³

Ainda no âmbito dos papéis masculinos e femininos, importante destacar determinadas espécies de papéis que possuem ligação direta com a problemática do aborto: os papéis sexuais e reprodutivos conferidos ao homem e à mulher.

A sexualidade assume diferentes contornos quando associada à figura masculina ou feminina. O homem é educado (socializado) para adquirir experiência sexual e adotar uma conduta proativa. Já no que se refere à mulher, a se-

⁸¹ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 22-23.

⁸² Idem, p. 45-48.

⁸³ GOLDANI, Ana Maria. **Famílias e gêneros: uma proposta para avaliar (des)igualdades**. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/gent2_1.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2011.

xualidade é enxergada e valorizada na forma pudica. A preservação da atividade sexual e, conseqüentemente, da virgindade lhe são ensinadas (senão impostas)⁸⁴ como o comportamento adequado a seguir.⁸⁵

A despeito da afirmativa de que atualmente em muitas sociedades a mulher não é mais obrigada a seguir essa “cartilha sexual”, não significa necessariamente que há uma aprovação quando a mulher opta por viver sua sexualidade de forma livre – tomemos, por exemplo, a adjetivação das mulheres em: “para casar” e “para curtir”.

No que tange aos papéis reprodutivos, verificamos que a permanência da conexão entre esfera reprodutiva e gênero feminino acaba por atribuir a responsabilidade pela contracepção à mulher – principalmente quando o método contraceptivo falha, ocasionando uma gravidez indesejada. Apesar da importância da conquista do direito à contracepção para o livre exercício da sexualidade feminina, ele não pode ser entendido como um encargo exclusivo das mulheres – afinal, tanto o homem quanto a mulher devem se responsabilizar pela conduta sexual e suas eventuais conseqüências.⁸⁶

Se por um lado, a licitude e a disponibilidade de meios contraceptivos promoveram a dissociação entre sexualidade e reprodução, por outro, a predominância de métodos contraceptivos dirigidos ao corpo feminino reforça essa ideia de que a responsabilidade pela contracepção pertence à mulher.⁸⁷ A título de exemplo, dentre os treze métodos de contracepção tratados pelo Programa Nacional de Saúde português, somente três destinam-se aos homens: preservativo masculino, vasectomia e espermicida (sendo que o uso isolado deste último é de baixíssima eficácia).

Como anteriormente mencionado, o gênero, além de ser um construto social, influencia a forma de organização da sociedade e de suas instituições – nesse contexto ocorrem a produção e a reprodução das distintas posições confe-

⁸⁴ Basta recordar, por exemplo, a disposição do Código Civil brasileiro de 1916 que considerava causa para anular o casamento “o defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (art. 219, inciso IV). (BRASIL. **Lei n. 3071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 17 ago. 2011.)

⁸⁵ GIFFIN, Karen Mary. **Nosso corpo nos pertence**: a dialética do biológico e do social. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v7n2/v7n2a05.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

⁸⁶ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós**: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã. Porto: Afrontamento, 2007, p. 116-117.

⁸⁷ GIFFIN, Karen Mary. Op. Cit. 2011.

ridas aos gêneros. Por conseguinte, é preciso ter em mente que o fim desse “ciclo de desigualdade” passa por uma mudança de pensamento (mais especificamente, por uma desconstrução de juízos há tanto assentados). Enquanto a sociedade e suas instituições mantiverem essas concepções acerca do masculino e do feminino, o processo de categorização desigual dos papéis sociais e das características humanas permanecerá, o que enseja a ideia de que as desigualdades são fruto de uma determinação biológica – e não ideológica.⁸⁸

Ou seja, faz-se necessária a desconstrução das concepções sociais de gênero. No processo de construção social dos gêneros, características humanas são classificadas como masculinas ou femininas – aqui nos referimos àquelas oposições como ativo/passivo, público/privado, razão/emoção, dominante/dominado, dentre outras. A categorização dessa gama de características gera não só uma desigualdade de tratamento, mas engessa a noção de homem e de mulher, os quais têm de se amoldar (literalmente) às suas respectivas representações sociais – mesmo dispondo de um leque de possibilidades para formar a própria individualidade humana.⁸⁹ Nessa linha:

[...] a igualdade não será atingida se não mudarem as expectativas da sociedade com relação ao que os homens e as mulheres deveriam ou não fazer, e como deveriam ou não se comportar. [...] a atenção deveria voltar-se para a alteração nas expectativas da sociedade e nos processos de socialização de modo que as mulheres, assim como os homens, possam fazer escolhas diferentes.⁹⁰

Ante as considerações supracitadas, Alessandro Baratta propõe uma unidade humana “andrógina” em contraposição à segregação de características e papéis da qual deriva os gêneros – é “o próprio ser humano como gênero”. Aliás, para o autor, a androginia vai além da questão de gênero, ela compreende a integração de outras separações da condição humana em razão de etnia, de faixa etária, de posição social e de outras.⁹¹ Haveria, portanto, uma nova concepção do próprio ser humano e não apenas do homem e da mulher:

⁸⁸ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, *passim*.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ BANCO MUNDIAL (Ed.). **A questão de gênero no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cbpf.br/~mulher/leta2.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

⁹¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 1999, p. 64-68.

E assim hoje, na procura de uma nova identidade global em que a idéia de uma sociedade mais humana ganha forma, o superamento (*sic*) da separação dos gêneros surge como a mãe de todas as reunificações. Somente uma sociedade andrógina pode ser também uma sociedade mestiça, sem classes, sem barreiras de idade.⁹²

Após o delineamento dessas implicações acerca do gênero, é possível perceber o quanto o tema do aborto se encontra ligado a questões mais profundas, cujo tratamento estritamente legal não permite perceber sua real dimensão.

8 SISTEMA PENAL E ABORTO: O GÊNERO NO BANCO DOS RÉUS?

Dentre as possibilidades de análise da relação entre a mulher e o sistema penal, reportamo-nos à questão do aborto. O gênero é uma construção social e, ao mesmo tempo, influencia a forma como a sociedade e suas instituições se organizam, tem implicações quanto à maneira de incidência do controle social sobre o homem e a mulher.⁹³

Dentro desse contexto, e resgatando o tema dos papéis masculinos e femininos, o sistema penal (controle formal) dirige-se principalmente à esfera pública (ambiente, tradicionalmente masculino, das relações de propriedade e produção) e, conseqüentemente, ao homem. Tendo em vista a fragmentariedade do controle penal, este, a fim de garantir a ordem social posta, incide substancialmente naquela faixa masculina que não interiorizou - ou não teve acesso - às disciplinas sociais da educação, do trabalho e de outras instâncias de controle informal; a título de ilustração, temos a superioridade da taxa carcerária masculina em comparação à feminina (aspecto quantitativo) e à carcerização dos socialmente marginalizados (aspecto qualitativo).⁹⁴

No que se refere ao controle social dirigido às mulheres, ele se apresenta predominantemente informal, voltado à manutenção da ordem na esfera privada (tradicionalmente feminina). Temas relativos à esfera doméstica como reprodução e questões familiares e conjugais não são, via de regra, assuntos a

⁹² Idem, p. 70.

⁹³ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 41-43.

⁹⁴ Idem, p. 45-49.

serem tratados pelo sistema penal – são objetos de controle do poder patriarcal. A incidência do sistema penal sobre a mulher atua de maneira complementar ao controle social informal e ocorre ante o interesse da sociedade (patriarcal) em punir determinadas condutas capazes de prejudicar também os interesses da esfera pública, não se limitando mais a um assunto de interesse privado. Esse, como veremos, é o caso da criminalização do aborto, que mantém o papel reprodutivo-maternal naturalmente conferido à mulher.⁹⁵

Por mais que em sua origem o sistema penal tenha se voltado para o controle da população masculina, é evidente que as mulheres já formam uma população carcerária considerável (tanto em Portugal⁹⁶ como no Brasil⁹⁷ verificamos que a criminalidade feminina se concentra no crime de tráfico de drogas).

Quando mencionamos crimes como tráfico de drogas, roubo, homicídio, não há maiores dificuldades em se visualizar o interesse na tipificação dessas condutas. Mas no tocante à criminalização do aborto, devemos indagar o porquê dessa opção feita pelo sistema penal e quem realmente arca com as consequências dessa conduta.

Reportando-se aos papéis sociais femininos, é possível dizer que a maternidade tradicionalmente desperta a atenção da esfera pública. No entanto, essa ingerência do interesse público por vezes se mostra deletéria. A fim de corroborar essa afirmativa, resgatamos determinado período da história de Portugal.

A proibição da venda de contraceptivos em 1929 (ratificada por outro Decreto-Lei em 1942) e da esterilização em 1956, aliada à política de fomento à natalidade e de proteção à família (cultivados por vários anos do regime ditatorial) resultou no aumento da mortalidade materna e infantil (decorrência do recurso ao aborto clandestino). Em face das consequências dessa política estatal, a pílula anticoncepcional passou a ser permitida como “método terapêutico”.⁹⁸

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Os dados consultados se referem ao período de 2005 a 2010. (**Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça**. Disponível em: <<http://www.siej.dgpj.mj.pt/SIEJ/PDFs/Execu%C3%A7%C3%A3o%20de%20penas%20e%20medidas%20de%20interven%C3%A7%C3%A3o%20social/DGSP.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2011.).

⁹⁷ Os dados brasileiros consultados também se referem ao mesmo período: 2005 a 2010. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – **Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2011.).

⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010, *passim*.

Essa passagem histórica revela não só o interesse pelo desempenho da função reprodutiva e maternal, mas a própria capacidade de manipulação do Estado em detrimento do livre exercício da sexualidade feminina.

Considerando-se esse interesse público pela natalidade e, consequentemente, pelo desempenho do papel maternal, a partir do momento em que a conduta do aborto é criminalizada, ela passa a sofrer uma reprovação de duas ordens: legal e social. Nesse sentido, é possível dizer que a prática do aborto configura um duplo desvio: da norma legal e do papel social esperado da mulher.⁹⁹

Nesse sentido:

As mulheres que abortam são pois aquelas que negando uma parte do sentido da sua identidade, negando-se a si mesmas, se acantonam no desvio. O aborto, sendo a negação da maternidade, é dotado de sentido negativo e as mulheres que o fazem são representadas social e culturalmente como não-mães.¹⁰⁰

Em meio à dinâmica de uma sociedade tão diversa e, portanto, de múltiplos interesses, evidencia-se o poder de mando de alguns grupos em detrimento de outros (certos grupos determinam as pautas das relações de convivência no meio comum, as quais são veladas pelo controle social formal e informal).¹⁰¹

Dentro dessa estrutura social onde se dão as relações de poder (e aqui podemos situar o patriarcalismo com sua natureza política) e a repressão aos desvios (legais e sociais), cabe rememorar a posição desprivilegiada que a mulher historicamente ocupa.

Nesse quadro, o sistema penal, assim como outras instituições da sociedade, reproduz desigualdades, inclusive a de gênero (importante lembrar as assertivas, já expostas, acerca do paradigma do gênero). O sistema penal trabalha com as mesmas concepções (“estereótipos”) de homem e mulher que a sociedade,

⁹⁹ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 49-52.

¹⁰⁰ PENICHE, Andrea. **Elas somos nós**: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã. Porto: Afrontamento, 2007, p. 112.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

participando assim do ciclo da produção e reprodução da desigualdade de tratamento entre os gêneros.¹⁰²

Dessa forma, abstraindo-se da infundável e estéril discussão sobre a vida do embrião (ou feto) e dissociando a lei de subjetividades morais e religiosas, o foco da discussão do aborto se volta para a mulher. Ao criminalizar o aborto, criminaliza-se a negação do papel exclusivo de um gênero: a maternidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo de caso eleito, a presente pesquisa mostrou o difícil caminho percorrido para a descriminalização do aborto por opção.

No caso português, os quarenta e oito anos de ditadura tiveram grande peso para o movimento pró-descriminalização – foram quase trinta anos lutando contra a herança conservadora do regime, cuja intenção era manter a mulher em seus “papéis naturais” de mãe e de esposa, marginalizando-a do espaço público social.

Diante de fatos como esse, a Criminologia Feminista nos proporciona olhos críticos para analisar a situação social da mulher. O gênero, com suas implicações estruturais, permite-nos concluir o porquê de o sistema penal, tradicionalmente voltado para o controle da população masculina, criminalizar a prática do aborto.

Mas antes é preciso não nos deixar distrair por discussões acerca do marco inicial da vida humana ou de caráter religioso – o que nos leva à tradicional colisão entre vida e autodeterminação da mulher. Ao nos distanciarmos dessas questões, é possível percebermos a criminalização do aborto como uma forma de materialização do poder patriarcal existente na sociedade, um poder patriar-

¹⁰² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 113.

cal de natureza política e, segundo a definição de Bobbio,¹⁰³ política entendida como prática humana de dominação do homem sobre o homem, no caso em estudo, espécie de poder que intervém duramente na esfera reprodutiva e auxilia na perpetuação dos modelos de homem e mulher vigentes.

Mesmo reconhecendo que o gênero é produto de uma construção social, as indagações sobre o porquê das figuras masculinas e femininas serem construídas da forma como são demandam um exame mais profundo. Mas também não é o caso de negar que homens e mulheres em sua natureza são seres distintos. A diversidade, nas mais diversas acepções, é traço comum na vida em coletividade e tem de ser respeitada para que se privilegie a harmonia e o progresso social – a diversidade não deve, portanto, ser instrumentalizada para a formação de uma ideologia de opressão, seja ela qual for.

O fato é que a criminalização do aborto ainda persiste como uma desigualdade de tratamento para com as mulheres em muitas sociedades. No caso lusitano, a descriminalização não significa necessariamente uma mudança na concepção social do gênero feminino. Na campanha do referendo de 2007, foi preciso marginalizar o discurso autoafirmativo feminista para conseguir uma descriminalização por meio de argumentos que vitimizam a mulher (julgamentos, pena de prisão e aborto clandestino).

Portanto, mesmo com a alteração legal, ainda se faz necessária a desconstrução das concepções de gênero – sob pena de continuar o ciclo de produção e de reprodução da desigualdade. Porém, não devemos ignorar que, como toda transformação social profunda, essa desconstrução demandará tempo.

Por fim, não podemos deixar de observar dois extremos do tema estudado. O primeiro ponto consiste na ineficácia do sistema penal como mecanismo de prevenção – o que pode ser facilmente constatado, por exemplo, pela prática

¹⁰³ Segundo Norberto Bobbio “O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao poder. [...] o poder é definido por vezes como uma relação entre dois sujeitos, dos quais um impõe ao outro a própria vontade e lhe determina, malgrado seu, o comportamento. [...] a definição do poder como tipo de relação entre dois sujeitos tem de ser completada com a definição do poder como posse dos meios (entre os quais se contam como principais o domínio sobre os outros e sobre a natureza) que permitem alcançar justamente uma “vantagem qualquer” ou os “efeitos desejados”. O poder político pertence à categoria do poder do homem sobre outro homem, não a do poder do homem sobre a natureza.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. São Paulo: UnB, 2004, p. 954-955).

do aborto clandestino e a consequente mortalidade materna. Em outros termos, a criminalização do aborto não é instrumento idôneo a coibir a prática.

Em contrapartida, o reconhecimento de um direito (*in casu*, o aborto por opção) não legitima seu exercício desmedido. Mesmo considerando as oscilações das taxas, é de se atentar que o número de abortos por opção é expressivo se considerado ao tamanho da população¹⁰⁴ – uma média aritmética de 18.715 procedimentos realizados de 2008 a 2010.

De posse dos primeiros dados acerca da realidade do aborto por opção em Portugal, importante estudar estratégias no sentido de harmonizar esses dois polos – a fim de que não se prejudique o poder de escolha da mulher, mas que ele também não se configure um ônus exagerado e inconveniente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, São José. **Guterres impõe referendo**. Disponível em: <<http://cdocfeminista.docbweb.net/MULTIMEDIA/ASSOCIA/UMAR/10602031.PDF>>. Acesso em: 20 maio 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da mulher como vítima à mulher como sujeito In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BANCO MUNDIAL (Ed.). **A questão de gênero no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cbpf.br/~mulher/leta2.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. São Paulo: UnB, 2004.

¹⁰⁴ Atualmente Portugal possui 10.555.853 habitantes - 5.052.240 homens e 5.503.613 mulheres. (INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA. **População residente (nº) por local de residência e sexo; decenal**. Disponível em: <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0005889&contexto=pi&selTab=tab0>. Acesso em: 01 out. 2011.)

BOUDON, R.; BOURRICAUD, F. **Dicionário crítico de Sociologia**. São Paulo: Ática, 1993.

BRASIL. **Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 17 ago. 2011.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. Disponível em: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Abortion%20Map_FA.pdf>. Acesso em: 06 set. 2011.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES. **Resultados Eleitorais 1998**. Disponível em: <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=28&mes=06&ano=1998&eleicao=re1>>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. **Resultados Eleitorais 2007**. Disponível em: <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=11&mes=02&ano=2007&eleicao=re1>>. Acesso em: 06 maio 2011.

CONCEIÇÃO, Antônio Carlos Lima da. **Teorias feministas: da “questão da mulher” ao enfoque de gênero**. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Conceicao_art.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011.

DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE. **Interrupção da gravidez por opção da mulher: guia informativo**. Disponível em: <http://www.min-saude.pt/NR/rdonlyres/45E9069C-D6E4-416F-AEED-06B4B3EF7198/0/GuiaInformativoIVG_DGS.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2011.

_____. **Relatório dos registos das interrupções da gravidez: dados referentes ao período de janeiro a dezembro de 2008**. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

_____. **Relatório dos registos das interrupções da gravidez: dados referentes ao período de janeiro a dezembro de 2009**. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

_____. **Relatório dos registos das interrupções da gravidez: dados referentes ao período de janeiro a dezembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

ESPAÑA. **Ley orgánica 9 de 5 de Julio 1985**. Disponível em: <http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/ley_organica_5julio1985.htm>. Acesso em: 06 set. 2011.

FEDERAÇÃO PORTUGUESA PELA VIDA. **Liberalização do aborto em Portugal, 4 anos depois**. Disponível em: <<http://www.federacao-vida.com.pt/estudos/FPV%20-%20Aborto,%204%20anos%20depois%20-%202011-02-11.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

GIFFIN, Karen Mary. **Nosso corpo nos pertence**: a dialética do biológico e do social. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csp/v7n2/v7n2a05.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

GOLDANI, Ana Maria. **Famílias e gêneros**: uma proposta para avaliar (des)igualdades. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/gent2_1.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOVERNO DE PORTUGAL. **Chefes do governo desde 1821**. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Governo/ArquivoHistorico/ChefesGoverno/Pages/pms.aspx>>. Acesso em: 19 maio 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA. **População residente (nº) por local de residência e sexo; decenal**. Disponível em: <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0005889&contexto=pi&selTab=tab0>. Acesso em: 01 out. 2011.

MARQUES, A. H de Oliveira. **Breve história de Portugal**. 4. ed. Lisboa: Presença, 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – **Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

PARÓQUIAS DE PORTUGAL. **Católicos em Portugal abaixo dos 90%**: dados estatísticos da Igreja no país e no mundo. Disponível em: <<http://www.paroquias.org/noticias.php?n=6563>>. Acesso em: 22 maio 2011.

PENICHE, Andrea. **Elas somos nós**: o direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã. Porto: Afrontamento, 2007.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/LEGISLACAO/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art67>>. Acesso em: 11 maio 2011.

_____. **Decreto-Lei nº 48/1995**. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. **Lei nº 6/1984**: Exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leiscriminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. **Lei nº 90/1997**: Altera os prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 21 abr.2011.

_____. **Lei nº 15-A/98**: Regime Jurídico do Referendo. Disponível em: <http://www.cne.pt/dl/legis_lorr_2006_annotada.pdf>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. **Lei nº 16/2007**: Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-criminais/codigo-penal/diplomas-que-publicam>>. Acesso em: 04 jul. 2011.

_____. **Portaria n.º741-A/2007**. Disponível em: <http://www.ers.pt/legislacao_atualizada/outros-diplomas/ambito-da-saude/Port.%20741-A-2007-%2021%20Junho.pdf/view>. Acesso em: 14 jul. 2011.

_____. **Portaria n.º781-A/2007**. Disponível em: <http://www.ers.pt/legislacao_atualizada/saude-publica-servico-nacional-de-saude/precos-e-taxas-moderadoras/Port.%20781-A-%20de%2016%20de%20Julho.pdf/view>. Acesso em: 23 jul. 2011.

PÚBLICO. **Aborto**: “sim” à despenalização vence referendo. Disponível em: <http://www.publico.pt/Pol%C3%ADtica/aborto-sim-a-despenalizacao-vence-referendo_1285434>. Acesso em: 13 jul. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Cometi um crime?** Representações sobre a (i) legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

SISTEMA DE INFORMAÇÃO DAS ESTATÍSTICAS DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.siej.dgpj.mj.pt/SIEJ/PDFs/Execu%C3%A7%C3%A3o%20de%20penas%20e%20medidas%20de%20interven%C3%A7%C3%A3o%20social/DGSP.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

TAVARES, Manuela. **Aborto e contraceção em Portugal**. Lisboa: Horizonte, 2003.

TVI 24. **Ainda há abortos ilegais em Portugal**. Disponível em: <<http://www.tvi24.iol.pt/portal-iol/aborto-mulheres-ivg-clandestino-gravidez-tvi24/1177873-5281.html>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WOMEN ON WAVES. **How can I do an abortion with pills?** Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. **Medical Licenses of Women on Waves**. Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/article-259-en.html>>. Acesso em: 07 jul. 2011.

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA: UM OLHAR SOBRE DECISÕES DE TRIBUNAIS DA FEDERAÇÃO

Guilherme Valle Brum¹

INTRODUÇÃO

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, o acesso à Justiça ampliou-se de maneira notável. Fala-se muito hoje na expressão “judicialização”, mormente quando em discussão a implementação de políticas públicas, tema no qual o conflito, em juízo, entre visões sobre as potencialidades dos chamados direitos a prestações materiais atinge uma expressão muito significativa.

Dentro desse contexto, um aspecto que recentemente recebeu a atenção do Poder Judiciário foi a política penitenciária do Estado, responsável por traçar as diretrizes de administração do sistema prisional, notadamente o gerenciamento da rotina do cárcere e a construção e a reforma de presídios. Ao que parece, esse assunto, tipicamente inserto na seara de atribuições do Poder Executivo, tornou-se objeto de pronunciamentos jurisdicionais no Brasil basicamente por duas circunstâncias. A primeira relacionada com o avanço dos juízes, pós-Constituição de 1988, sobre problemáticas que devem ou deveriam ser resolvidas pela atuação política nos foros próprios, ocorrência que ficou conhecida como “protagonismo judicial”. E a segunda, a chamada crise carcerária, consubstanciada, principal e consabidamente, na insuficiência do número de casas prisionais para a quantidade crescente de detentos, os quais acabam vivendo em condições desumanas.

O presente estudo visa, portanto, debater essa problemática. Parto da necessidade de construção de um conceito de política pública operacionalizável no Direito, para, em seguida, enfrentar – ainda que brevemente – o desafio de discutir se a inserção de direitos sociais e, por conseguinte, de políticas públicas

¹ Especialista em Direito Constitucional (UNISUL/SC) e Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/DF). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

nas constituições pode ter ensejado uma mudança de paradigma jurídico. Ao fim, aprecio três decisões de Tribunais da Federação que julgaram a política penitenciária de Estados-membros diversos.

1 UM CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA PARA O DIREITO

Consta da literatura especializada que “[...] não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública”.² Apesar disso, parece haver alguns elementos comuns nas definições que possibilitam a exigência de requisitos mínimos para a caracterização de algum fenômeno como uma política pública, quais sejam: a participação do *governo* e as noções de *atividade* e *objetivo*.

O primeiro desses elementos comuns – a presença, ainda que implícita, do *governo* – volta-se para o local onde os embates em torno de interesses, de preferências e de ideias na formulação da política se desenvolvem. Assim, “[...] a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.³ Aceitar, todavia, essa premissa não equivale a dizer que as políticas sejam sempre definidas exclusivamente por aqueles que estão no poder; também, por outro lado, não significa que reflitam apenas as pressões de grupos de interesse. Nesse processo de definição de políticas públicas, pode-se aceitar uma autonomia relativa do Estado, atuando por meio daqueles que estão à frente de sua gestão (o governo), no sentido de que tenha um espaço próprio de atuação, muito embora permeável a influências externas e internas. Destarte, apesar dos influxos exercidos por grupos de interesse ou movimentos sociais na formulação das políticas, eles não inibem a capacidade das instituições governamentais de formulá-las, deixando, contudo, essa tarefa ainda mais complexa.⁴

² SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p.

³ Ibid.

⁴ Estou optando aqui por essa síntese feita por Celina Souza (Ibidem) embora não desconheça a existência de correntes que enfatizam a política pública como um produto institucional ou como preferência das elites. Ver, para tanto: DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Orgs.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora da UnB, 2009.

Seja como for, uma vez aceitável a identificação da política pública com o *governo em ação*, um segundo elemento comum às definições nos remete à noção de *atividade*. Essa noção parece bem presente na explicação do fenômeno feita por Enrique Saravia,⁵ para quem se trataria de “[...] um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”. É interessante que as políticas, na visão do autor, não possuem uma racionalidade manifesta, porquanto se desenvolvem por meio de decisões condicionadas pelas próprias reações e modificações que provocam no tecido social, bem como por valores, ideias e visões de mundo dos responsáveis pela tomada de tais decisões. Não é, portanto, uma ordenação tranquila, havendo uma intensa complexidade inerente ao fenômeno.

Para Renato Casagrande e Roberto Freitas Filho,⁶ o elemento *atividade* também é essencial ao conceito de política pública. Dizem eles que “[...] as políticas públicas são atividades próprias da ação governamental, mas não são tudo o que é produzido pelo Estado”, sendo “[...] ínsito ao conceito de políticas públicas que elas agreguem elementos políticos, econômicos, sociais, organizacionais, relativos à gestão pública, na forma de processos juridicamente disciplinados”. Da mesma forma, Eros Grau⁷ entende que “[...] a expressão *política pública* designa a *atuação do Estado*, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”. Parece, pois, indissociável do conceito de política pública a noção de atividade, que também pode ser entendida como um caminhar, uma atuação, um programa de ação, uma cadeia de decisões ou um processo.

Nesse sentido, merece destaque a evolução do conceito de política pública cunhado por Maria Paula Dallari Bucci. Em trabalho publicado no ano de 2002, a professora assim conceituou o nosso objeto de estudo:⁸ “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

⁵ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). **Políticas públicas**. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 28-29.

⁶ CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 25.

⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25-26.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

Posteriormente, num artigo publicado em 2006,⁹ Bucci incrementa o conceito. E a justificativa que oferece para isso centra-se no fato de que a definição original estava carente de um maior desenvolvimento sob o aspecto processual, de modo que “[...] a política pública só pode ser compreendida como arranjo complexo, conjunto ordenado de atos”. E evolui para a seguinte conceituação:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

É, portanto, precisamente no aspecto da identificação da política como atividade ou, nas citadas palavras da autora, “como arranjo complexo, conjunto ordenado de atos” que o conceito avança. Essa clara evolução conceitual já foi apreendida em um caso prático de avaliação de uma política pública. Trata-se de trabalho levado a efeito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em que se publicizou a avaliação do “Programa Arte, Cultura e Cidadania – Cultura Viva”, conduzido pela Secretaria de Cidadania Cultural do Ministério da Cultura (SCC/MinC). O conceito de Maria Paula Dallari Bucci foi utilizado como parâmetro de definição de política pública pelos avaliadores, que assim sintetizaram a evolução havida:¹⁰

A incorporação das expressões *processo* e *conjunto de processos juridicamente regulados* (BUCCI, 2006,) ao conceito e não à visão geral das políticas públicas, em que este elemento já estava presente, é um aprimoramento da visão instrumental e formal em comparação ao primeiro texto. Ela

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹⁰ SILVA, Frederico A. Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery (Orgs.). **Cultura viva: avaliação do programa arte educação e cidadania**. Brasília: IPEA, 2010, p. 20.

decorre da percepção da importância do aspecto processual da política pública, mesmo que em registro jurídico, pois a mesma deve ser percebida como um conjunto juridicamente ordenado de atos, mas também de ações (“atividades” que não coincidem com atos juridicamente delimitados) e arranjos institucionais complexos.

Essa identificação da política pública com atividade ou processo fica bem nítida quando levamos em consideração as chamadas fases, estágios ou etapas da política. Em cada uma dessas fases, os atores, as coalizões, os processos e as ênfases são diferentes, podendo ser sequencialmente descritas desta maneira: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação.¹¹ Passo a descrever rapidamente cada uma delas.

A *agenda* é momento inicial da política pública, é a fase de inclusão de determinado pleito ou necessidade social na lista de prioridades do poder público. Equivale, na sua aceção mais simples, ao estudo e à explicitação do conjunto de processos que conduzem os fatos sociais a adquirir *status* de “problema público”.

Elaboração é a etapa seguinte e consiste na identificação e na delimitação de um problema atual ou potencial da comunidade, com a determinação das possíveis alternativas para sua solução, bem como a avaliação dos custos e dos efeitos de cada uma delas e o estabelecimento de prioridades.

Na *formulação*, terceiro estágio, é selecionada e especificada a alternativa considerada mais conveniente, com uma explicação da decisão adotada e a definição dos objetivos e dos marcos jurídico, administrativo e financeiro.

A quarta etapa da política pública é a *implementação*, que se constitui pelo planejamento e pela organização do aparelho administrativo e dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos necessários para sua execução (da política). É quando se elaboram todos os planos, programas e projetos que permitirão pô-la em prática.

Ao depois, temos a *execução* propriamente dita da política pública e seu *acompanhamento*, passando, finalmente, para sua *avaliação*. *Aquela* pode ser traduzida como o conjunto de ações destinado a atingir os objetivos estabelecidos, ou seja, é a própria realização da política; *esse* é o processo sistemático de

¹¹ Tais como elencadas por Enrique Saravia. A descrição dessas etapas feita a seguir é um resumo da didática exposição do autor (op. Cit., p. 32-35).

supervisão da execução da atividade, objetivando fornecer a informação necessária para introduzir eventuais correções destinadas à efetiva consecução dos objetivos; e *esta última* consiste na análise, *a posteriori*, dos efeitos produzidos na sociedade pela política, as realizações e consequências dela.

Marcada a noção de atividade como inerente ao conceito, para o Direito, de política pública, analiso agora o terceiro e derradeiro requisito mínimo de formação do fenômeno: o *objetivo*. Trata-se de requisito autoexplicativo. A política visa a alguma coisa no mundo fático, seja para transformá-lo, seja para mantê-lo. Como seu aspecto – diga-se assim – subjetivo é a presença do governo, o objetivo da política pública se associará, fundamentalmente, aos propósitos governamentais, sendo muitas vezes a concretização de promessas eleitorais.

No entanto, tendo em vista que a minha finalidade aqui é traçar um conceito de política pública operacionalizável em Direito, trago uma concepção jurídica do objetivo do instituto: implementar direitos constitucionalmente previstos, notadamente econômicos, sociais e culturais, veiculados comumente em normas de caráter programático. “A implementação desses direitos depende, portanto, da realização de políticas públicas”.¹²

Vistas essas características básicas do nosso objeto de estudo, é pertinente a indagação no sentido de que se, para o Direito, estar-se-ia diante de um fenômeno até então desconhecido. Poderíamos reconduzir a política pública aos conceitos de princípio ou de regra, tradicionais espécies normativas extraíveis de enunciados de Lei? Ou deveríamos encará-la como algo novo para o Direito, a demandar uma abordagem diferente por parte do Poder Judiciário? A resposta a essas indagações é o que pretendo, ainda que brevemente, debater no próximo tópico.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: A EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA?

Na literatura jurídica, costuma-se atrelar o surgimento das políticas públicas ao advento do Estado Social e seus correlatos direitos – também denominados sociais – de cunho prestacional, que passaram a ser positivados em textos constitucionais no século XX, com as constituições mexicana de 1917 e de Weimar (1919). No Brasil, apareceram com a Carta de 1934.

¹² CASAGRANDE; FREITAS FILHO, op. cit., p. 25.

Existiria, assim, uma relação entre os direitos sociais – saúde, educação, previdência, cultura – e as políticas públicas, estas como promovedoras daqueles. Dallari Bucci¹³ refere que os direitos sociais provocaram uma *mudança de paradigma*¹⁴ no fenômeno do Direito, “[...] a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”. Casagrande e Freitas Filho,¹⁵ também se valendo do termo *paradigma*, observam que a noção de eficácia normativa do paradigma liberal não pode ser aplicada ao paradigma do Estado intervencionista social sem alguma qualificação, porquanto os direitos sociais devem ser implementados progressivamente, “[...] levando-se em conta aspectos contextuais de possibilidade concreta de serem efetivados”. As políticas, pois, funcionam como instrumentos de realização gradativa de direitos, fenômeno característico do modelo do Estado Social.

Parece haver, então, uma necessária vinculação entre direito social e políticas públicas, uma vez estando elas vinculadas ao texto das constituições que formatam um modelo de Estado intervencionista, que busca a justiça social. Com efeito, enquanto o desenho constitucional do Estado liberal era neutro em relação às respostas aos problemas sociais, sendo pautado pela ideia de igualdade formal, o paradigma de Estado Social toma uma organização institucional complexa, capaz de criar condições materiais para o exercício das liberdades, tendo, portanto, como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais (igualdade material) e deixando assim a postura absenteísta, de modo a criar as condições para a realização das liberdades (por meio das políticas públicas). Isso – como parece óbvio – sem abandonar a necessidade de segurança jurídica e o respeito aos direitos individuais, na forma de direitos de defesa contra a sua própria ação. Trata-se, pois, de um *plus* em relação ao Estado liberal, pela agregação de escopos substantivos como forma de atuação do poder público.

Disso se pode concluir que os direitos sociais e as políticas públicas mudam(ram) alguma coisa no saber jurídico. Será essa mudança brusca o suficiente para que seja tratada como uma revolução paradigmática? Antes de enfrentarmos essa temática, cabe uma observação. O conceito de paradigma desenvolvido

¹³ BUCCI, op. cit., 2006, p. 2-3.

¹⁴ É precisamente essa a expressão utilizada.

¹⁵ CASAGRANDE; FREITAS FILHO, op. cit., p. 24.

originalmente por Thomas Kuhn¹⁶ foi pensado para as ciências exatas e biológicas, “[...] que possuem um grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais”, de maneira que essa conceituação deve ser utilizada, no Direito, com “reserva terminológica”.¹⁷ Ciente da necessária ressalva, devo especificar o sentido que atribuirei ao termo “paradigma” como auxílio ao argumento que desenvolverei.

O pensador apresenta um conceito de paradigmas como “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência”.¹⁸ Esse sentido de paradigma é estreitamente relacionado com a noção de “ciência normal”, que pode ser caracterizada como uma “[...] pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas”, as quais, por seu turno, “[...] são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior”.¹⁹ Thomas Kuhn, ao longo de sua obra, demonstra as condições para a mudança paradigmática, que tem comumente seu início com a descoberta de alguma anomalia na ciência, anomalia essa que pode evoluir para uma crise e, assim, proporcionar uma revolução.

Porém, em um posfácio editado no ano de 1969,²⁰ o autor admite que, no corpo do texto, utilizou a expressão “paradigma” para designar coisas diversas. E uma delas seria a chamada “matriz disciplinar” de um saber. “Disciplinar porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; matriz porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada”. Alguns dos principais componentes de uma matriz disciplinar são as *generalizações simbólicas*, que funcionam em parte como leis e em parte como definições de alguns dos símbolos que elas empregam; os *modelos*, identificados como compromissos coletivos com crenças, tais como “[...] o calor é a energia cinética das partes constituintes dos corpos”, fornecendo ao grupo as analogias ou metáforas prefe-

¹⁶ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

¹⁷ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 30.

¹⁸ KUHN, op cit., p. 13.

¹⁹ Ibid., p. 29.

²⁰ Ibid., p. 228-239.

ridas ou permissíveis e, assim, auxiliando a determinar o que será aceito como uma explicação; por fim, os *valores* aceitos pelo grupo, os quais, em geral, são mais amplamente partilhados do que as generalizações simbólicas e os modelos, contribuindo, por um lado, para proporcionar aos cientistas um sentimento de pertencimento a uma comunidade global e, por outro, para identificar uma crise ou escolher entre maneiras incompatíveis de praticar a disciplina.

A alteração de aspectos da matriz disciplinar, assim, não equivale necessariamente a uma revolução. É o próprio Kuhn quem o diz, em trabalho posterior à *Estrutura das Revoluções Científicas*:²¹

Pienso que para entender la forma em que funciona una comunidad científica, como productora y validadora de conocimiento sólido, debemos entender em última instancia la operación de por lo menos tres de estos componentes de la matriz disciplinaria. Las alteraciones de cualquiera de ellos pueden producir cambios en la conducta científica, que afecten tanto al lugar de un grupo de investigación como a sus normas de verificación. [grifei]

Para o filósofo, portanto, uma alteração em algum dos componentes da matriz disciplinar – generalizações simbólicas, modelos e valores – pode produzir mudanças no comportamento científico, afetando a localização da investigação de um grupo ou os respectivos padrões de verificação. Não se trata propriamente de uma revolução paradigmática, originada pela descoberta de uma anomalia geradora de uma crise na ciência normal. Esse conceito – revolução – parece mais afeto às ciências naturais, em que “[...] o exercício da pesquisa por vezes produz novos paradigmas, novas maneiras de entender a natureza, de ler seus textos. Mas as pessoas responsáveis por essas mudanças não as buscavam”.²² Tal involuntariedade na provocação de mudanças evolutivas é utilizada por Thomas Kuhn como critério de diferenciação entre as ciências naturais e sociais:²³

A reinterpretção que resultou de seus esforços foi involuntária e, com frequência, obra da geração seguinte. Tipicamente, as pessoas responsáveis foram incapazes de reco-

²¹ KUHN, Thomas S. Algo más sobre los paradigmas. Trad. Roberto Helier. In: KUHN, Thomas S. **La tensión esencial**. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio em el ámbito de la ciencia. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 322.

²² KUHN, Thomas S. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. **O caminho desde a estrutura**. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 272.

²³ *Ibid.*

nhecer a natureza do que haviam feito. Contraste-se esse padrão com o padrão normal às ciências sociais de Taylor. Nestas, interpretações novas e mais profundas são o objetivo reconhecido do jogo.

Com efeito, a inserção de políticas públicas e direitos sociais nas constituições foi, por óbvio, uma opção política, deliberadamente tomada. Longe está, portanto, de ser o resultado de um exercício de pesquisa que produziu um novo paradigma, sem que os pesquisadores se dessem conta do que estavam fazendo. Mas – penso eu – podemos aceitar que houve, com o surgimento do chamado Estado Social, uma alteração na matriz disciplinar do Direito, tendo em vista a influência desse evento nos discursos de legitimação (doutrina) e técnico-operativos (decisões). Por isso, acredito que a utilização da expressão *paradigma* como equivalente a *matriz disciplinar* é mais adequada para caracterizarmos a mudança provocada pelas políticas públicas e direitos sociais no conhecimento jurídico. É nesse sentido, pois, que adotarei o termo paradigma neste estudo.

Assim – como alerta Freitas Filho –, a mudança de paradigma, no caso do Direito, pode acontecer quando começa a se formar outro padrão normativo, “[...] encontrando no mesmo o caráter normativo jurídico”.²⁴ Ainda que com reservas em relação à terminologia e às especificidades das ciências exatas e biológicas,²⁵ vou aceitar, como referi, que o reconhecimento dos direitos prestacionais nas constituições, positivando ordens de fazer ao Estado, provocou uma mudança de paradigma no que concerne à forma de aplicar o Direito, precisamente pela evolução de padrão normativo que propiciou, de maneira a afetar a visão de mundo dos operadores jurídicos em geral e – para o que importará nesta exposição – dos juízes em particular.

Como aludido, o paradigma dos direitos sociais, que pressupõe prestações positivas por parte do Poder Executivo, corresponde, em termos jurídicos,

²⁴ FREITAS FILHO, op. cit., 2003, p. 32.

²⁵ O reforço na ressalva, apesar de cansativo, parece-me necessário. A corroborar essa necessidade, cumpre lembrar que o Direito, enquanto saber prático, prudencial, não pode – para uma boa parcela de pensadores jurídicos – sequer receber a qualificação de ciência. Ver, por todos: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36-42. Com efeito, para Eros Grau, “[...] o intérprete autêntico, ao *produzir* normas jurídicas, pratica a *juris prudentia* e não uma *juris scientia*. O intérprete autêntico, então, atua segunda a *lógica da preferência*, e não conforme a lógica da *consequência* (Comparato 1979/127): a *lógica jurídica* é a da escolha entre várias possibilidades *corretas*. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (Larenz 1983/86). A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*”.

ao paradigma do Estado intervencionista, “[...] de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia”.²⁶ Assim, mais uma vez com Dallari Bucci,²⁷ pode-se dizer que não há um modelo jurídico de políticas públicas que seja específico para a implementação dos direitos sociais. É o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na ordem econômica. Ambos os modelos jurídicos possuem idêntica fonte histórica, que é precisamente a formação do Estado intervencionista, com as alterações que provocou na ordem jurídica dos países. Assim, apesar das peculiaridades que a formação desse paradigma estatal tomou em cada ordenamento jurídico, o modelo, de um modo geral, sofreu um salto significativo na década de 30 do século XX, com o *New Deal* do governo Roosevelt e as políticas correspondentes de cada país (o Brasil, nesse momento, passava por fase de desenvolvimento da indústria nacional, com o advento da Constituição social de 1934). A partir daí, nos trinta anos seguintes, que vão desde o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) até o choque do petróleo (1974), o Estado Social permaneceu em desenvolvimento, alcançando seu apogeu exatamente nesse período do pós-guerra, quando são formuladas as constituições que serviram de matriz para a nossa atual Lei Fundamental, a cognominada Constituição cidadã, de outubro de 1988.²⁸

Com efeito, a Constituição de 1988 é fruto da evolução do constitucionalismo social do século XX. Caracterizadamente dirigente, não pretende apenas receber a estrutura econômica vigente; quer alterá-la, por meio da positivação “[...] de tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos”.²⁹ Isso fica bem nítido quando analisado o conteúdo de seu artigo 3º, que traça os objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade e de quaisquer outras formas de discriminação.

²⁶ BUCCI, op. cit., 2006, p. 5.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

Essa cláusula constitucional impede que se considere realizado o que ainda está por se realizar, estatuindo um dever direcionado ao Estado no sentido de que atue para alteração do *status quo* em busca da igualdade material. A realização dos preceitos do artigo 3º deve ser feita, à evidência, progressivamente, sendo uma tarefa contínua, sempre inacabada. Nas palavras de Bercovici, “[...] sua materialização não significa a imediata exigência da prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado”.³⁰ E talvez aí esteja o grande desafio das constituições ditas dirigentes, compromissórias ou programáticas, como a brasileira.

Ainda com Gilberto Bercovici, é possível dizer que essa característica da Constituição de 1988 levou alguns juristas a adotarem uma forma exageradamente acrítica da Teoria da Constituição Dirigente, que, nas exatas palavras do autor, “[...] é uma teoria da Constituição autocentrada em si mesma”.³¹ Isso teria feito com que um segmento da dogmática jurídica tradicional – e uma parte dos juízes – passasse a acreditar que o texto constitucional, por si só, é capaz de resolver todos os problemas sociais. Ocorre que a crença de que é possível mudar a sociedade ou transformar a realidade apenas com os dispositivos da Lei Fundamental pode contribuir para o enfraquecimento de sua força normativa. Ora, “o papel aceita tudo”.

A propósito, é necessário enfatizar que a força normativa da Constituição é extraída precisamente de uma interpretação conjugada dos fatos com a norma em potência. Poderíamos então argumentar, com Konrad Hesse,³² que, se é certo que a Constituição não pode ser mera expressão de um ser, mas também de um dever ser, ela é inegavelmente conformada pela realidade social. Ou seja, o texto constitucional é, ao mesmo tempo, determinado pela realidade e determinante em relação a ela, de modo que “[...] não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas”. Na frase lapidar de Hesse: “[...] a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”. E é nesse espaço de tensão entre fato e enunciado normativo que todo intérprete, mormente o constitucio-

³⁰ Ibid., p. 37.

³¹ Ibid., p. 41.

³² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

nal, acha-se inserido, nele encontrando as possibilidades e limites do seu labor interpretativo. Isso equivale a dizer, nas palavras de Luís Roberto Barroso,³³ que [...] “existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional, como forma de atuação social”.

Quer me parecer que é precisamente nesse hiato entre a realidade fática e a normatividade abstrata que se situam as políticas públicas enquanto fenômeno jurídico, desempenhando uma função essencial no paradigma do Estado Social: exatamente o de aproximar o “ser” da realidade com o “dever ser” do enunciado normativo positivador dos direitos prestacionais. Essa função jurídica da política pública coaduna-se com a descrição simples que dela (política pública) fiz anteriormente, a saber: uma *atividade* praticada pelo *governo* visando a *objetivos* albergados pelo ordenamento jurídico-constitucional. Assim, defendo que um instrumental interessante para lidarmos com esse novo paradigma jurídico é apartar a política pública como categoria jurídica autônoma, diversa dos tradicionais princípios e regras.

Com efeito, a dogmática jurídica moderna “[...] avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”.³⁴ Ronald Dworkin, no seu clássico *Taking Rights Seriously*,³⁵ traça uma bem marcada distinção, de caráter lógico, entre essas duas espécies de normas jurídicas. As regras seriam aplicáveis de modo absoluto, à maneira de um *tudo ou nada*, pelo que, uma vez verificados os pressupostos de fato aos quais se refiram e sendo elas (as regras) válidas, deveriam incidir no caso concreto. Já os princípios não se aplicariam assim, automaticamente, quando as condições verificadas como suficientes a sua incidência estivessem presentes. Possuiriam eles uma *dimensão de peso ou de importância*, de maneira que o intérprete deveria avaliar o peso relativo de cada princípio candidato a incidir na espécie, em uma valoração não exata, para decidir a medida da sua aplicação ao caso concreto, bem assim qual princípio ficaria preterido na situação específica.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 289.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 350.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 23-72.

Existem, evidentemente, outras descrições das diferenças entre princípios e regras, levando em conta diversos parâmetros de *discrímen*,³⁶ porém, para amparar meu argumento, utilizarei a de Dworkin, pois, além de sua aceitação no campo, essa classificação do autor comporta uma outra diferenciação entre categorias jurídicas que pode servir de parâmetro para a defesa do ferramental que aqui farei. Trata-se da separação entre princípios e políticas. Nas suas palavras:³⁷

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.

Entendo haver uma similitude entre o conceito jurídico de política pública aqui utilizado – uma atividade desenvolvida pelo Governo para o alcance de objetivos sociais e constitucionalmente relevantes – e a definição *dworkiniana* de política, segundo a qual se trataria de um *padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou*

³⁶ Outra diferenciação muito conhecida é a do jurista alemão Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-144).

³⁷ Op. cit., p. 36.

social da comunidade. Essa também é a visão de Fábio Konder Comparato,³⁸ para quem “[...] a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. No mesmo sentido, Comparato afirma que “[...] um dos raros autores contemporâneos a procurar uma elaboração técnica daquele novo conceito [de política] é Ronald Dworkin”.³⁹

É no contexto dessas ideias que sustento o entendimento de que a política pública deve ser tratada como outra categoria jurídica, para além do princípio e da regra. A política, mormente por se tratar de uma atividade (ordem sequencial de atos jurídicos), deve ser identificada como algo autônomo, atrelada a esse novo paradigma jurídico (incorporação de direitos prestacionais às constituições), a determinar uma abordagem com novos olhares.⁴⁰

O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado “ato de comércio”) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia.

A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

Desse modo, a interpretação da política pública deve também obedecer a um processo diferente daqueles tradicionalmente atribuídos aos princípios e às

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 45. Vale referir que essa postura de Comparato mereceu uma crítica de Dallari Bucci (op. cit., p. 23-24), consistente no suposto fato de que “[...] o entendimento da política pública como atividade administrativa redundante, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial, no conhecido tema do controle da discricionariedade administrativa, com seus conhecidos problemas e limites. Daí, por esse prisma, não se reconhecer à noção de política pública o sentido de uma categoria nova no direito”. Ouso discordar da crítica tecida pela professora. É que me parece que o tema do controle da discricionariedade administrativa não decorre da consideração da política pública como atividade. Esse tema pode vir à tona independentemente de se considerar ou não a política como categoria nova no Direito, pois se deve a uma postura deliberada do intérprete no sentido de vislumbrar uma possível insindicabilidade do chamado “mérito” do ato (ou atividade) administrativo, tendo como pano de fundo uma concepção determinada sobre o princípio da separação harmônica e funcional do Poder de República (artigo 2º da Constituição do Brasil).

³⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 45.

regras jurídicas. Estas se aplicam pelo mecanismo da *subsunção* (enquadramento dos fatos na previsão abstrata e, a partir daí, produção de conclusão) e aqueles, pela *ponderação* (à vista do caso concreto, afere-se o peso que cada princípio deve desempenhar, mediante concessões recíprocas, e, preservando-se, na medida do possível, o máximo de cada um, escolhe-se qual ficará preterido). A política pública deve ser interpretada na sua integralidade como um processo complexo tendente a resultados. Não pode ser enfocada como algo estático. Logo no início do seu processo interpretativo, deve-se verificar, como premissa para o raciocínio, se houve um desenvolvimento normativo infraconstitucional da política, estando ela devidamente positivada e especificada pelo Estado. Além disso, é preciso examinar que atos administrativos concretos já foram adotados para sua realização, de modo a aferir em que fase se encontra. Há ainda que indagar se está prevista no orçamento ou se demandará alocação de recursos à míngua de previsão orçamentária.⁴¹ Ora, se a política pública é uma atividade tendente a atingir um objetivo, é preciso que se tenha bem presente qual é esse objetivo e o que já foi feito para atingi-lo, bem assim as dificuldades fáticas e jurídicas obstativas da sua consecução. Com esse itinerário exemplificativo, pode-se dizer que um raciocínio desenvolvido dessa forma permite uma aproximação do problema jurídico de uma forma global, não apenas setorizadamente, como se se tratasse de um conflito interindividual.⁴²

Por outro lado, é certo que as políticas públicas possuem uma base normativa, isto é, são positivadas por atos jurídicos (leis e atos administrativos).⁴³ Assim sendo, serão integradas por normas jurídicas, cujas espécies tradicionais são princípios e regras. Cada princípio e cada regra da política possuem como dito, uma interpretação que lhes é peculiar. Mas quando a própria política pública é judicializada e, assim, instaura-se uma controvérsia jurídica sobre sua (in) suficiência, a interpretação deve, acredito, ser aquela referida acima, a qual leva em conta a sua integralidade.

⁴¹ Como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, “[...] sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 133).

⁴² Essas ilações devem ficar mais claras quando da abordagem das decisões de Tribunais, o que será feito a seguir.

⁴³ Assim refere Maria Paula Dallari Bucci (op. cit., p. 11): “As políticas públicas têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo”.

Muitas vezes, todavia, é um tanto difícil divisar quando se está diante de uma política pública judicializada ou de meras decorrências dela, traduzíveis em direitos subjetivos exequíveis individualmente. Explico com um exemplo: as tão conhecidas ações em que se pleiteiam a dispensação de medicamentos pelo Estado. Nessas demandas, comumente não se discute a política pública de saúde, mas apenas uma prestação específica de uma política já bem regulamentada em nível infraconstitucional. Quando falta, nas prateleiras dos órgãos que compõem o sistema único de saúde, um remédio que deveria ser ofertado pelo poder público e, para a sua concessão, é aforada uma ação, está-se requerendo apenas o cumprimento de uma política desenvolvida e em funcionamento, o que torna possível a extração de um direito subjetivo a essa prestação material. Em uma simplificação, pode-se dizer que o raciocínio aqui é quase de mera subsunção: o Estado obrigou-se a fornecer, por meio do SUS, determinado fármaco (premissa maior), o particular pediu administrativamente, mas não o obteve (premissa menor) e então, o Poder Judiciário determina que a Administração Pública cumpra uma obrigação que ela própria se impôs. Parece ser esse o entendimento manifestado por Sueli Gandolfi Dallari ao referir que “[...] o direito ao medicamento é parte do direito à saúde; é uma parte pequena, certamente”.⁴⁴

A situação seria bem diferente se se tratasse de uma ação civil pública ajuizada com a pretensão de fazer incluir, no âmbito do SUS, para fornecimento gratuito a todos os potenciais beneficiários, uma nova droga, de caráter, por exemplo, experimental, não aprovada pela ANVISA, mas que fosse defendida por parte da comunidade médica como eficaz para o tratamento de uma doença cuja medicação não estivesse prevista para dispensação pelo poder público. Aí sim, poderíamos falar em judicialização de uma política pública de saúde, a demandar uma interpretação muito mais complexa do fenômeno.

Essa diferenciação parece receber o respaldo de José Reinaldo de Lima Lopes, quando refere que os direitos sociais – os quais, em boa parte, devem ser implementados por meio de políticas públicas – têm a característica de não serem, em princípio, fruíveis de modo individual, o que não quer dizer que não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente como se exigem outros direitos subjetivos. “Mas, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade”.⁴⁵

⁴⁴ AUDIÊNCIA PÚBLICA. *Saúde*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 225.

⁴⁵ Op. cit., p. 129.

Pois bem, firmadas essas breves premissas, devo passar a confrontá-las com as decisões sobre política penitenciária selecionadas para exame neste estudo. Antes, porém, um breve olhar sobre a base normativa dessa política.

3 A BASE NORMATIVA DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA

Para um acordo semântico, deixo claro que estou considerando aqui o termo “política pública penitenciária” como um aspecto da política de segurança pública, esta de abrangência maior. Identifico aquela, portanto, apenas com as ações relativas à administração carcerária (construção, reforma, ampliação e gerenciamento de casas prisionais).

Quanto ao tema, a Constituição da República dispõe, no seu artigo 24, inciso I, que “[...] compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito penitenciário”, de modo que ao ente público federal cabe tão-somente a edição de normas gerais (parágrafo primeiro do mesmo dispositivo). Isso quer dizer que, em matéria de políticas públicas penitenciárias, a nossa Lei Maior adotou um modelo semidescentralizado.

No nível legislativo federal, temos disposições inseridas na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) que positivam as normas gerais cujo estabelecimento, como dito, compete à União (notadamente os artigos 69 a 104). Dentre essas disposições, constam desde os órgãos encarregados de supervisionar as políticas penitenciárias até os requisitos ideais de salubridade que devem ser respeitados pelas celas das casas prisionais. Além disso, ainda no âmbito da legislação nacional, há a Lei Complementar 79/94, criadora do FUNPEN – Fundo Penitenciário Estadual –, “[...] com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”, conforme a redação de seu artigo 1º.

Por fim, há os atos legais e administrativos (estes de cunho material e normativo) editados pelos Estados-membros, em cumprimento à competência que a Constituição lhes atribuiu. É a dimensão mais importante da política pública penitenciária, pois é ali que se definirão as diretrizes específicas e o planejamento de cada sistema prisional, bem como a gestão propriamente dita da rotina do cárcere.

4 DECISÕES DE TRIBUNAIS SOBRE POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA: UMA ANÁLISE

Para testar as ideias aqui esboçadas, selecionei três decisões de diferentes Tribunais Estaduais da Federação, as quais pretenderam dispor sobre a política pública penitenciária – ou parte dela – dos respectivos Estados-membros, porém não incorporaram a complexidade da temática, abordando-a como se estivessem a cuidar de conflitos interindividuais. Isso pode gerar problemas pela impossibilidade de aferição dos parâmetros que, segundo a ótica dos decisores, possibilitariam a intervenção judicial no assunto, de maneira a confirmar a hipótese de que as políticas, quando judicializadas, devem receber um tratamento específico, diferenciado. Cumpre dizer que todos os acórdãos foram proferidos em ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público das correspondentes unidades federativas.

A primeira a ser apresentada é a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (proferida em 2010), por meio da qual os desembargadores, desprovendo a Apelação interposta (número 70033355090), mantiveram a ordem, contida na sentença, para que o ente político crie em torno de 4.000 (quatro mil) vagas no sistema prisional, direcionadas aos estabelecimentos penais de Porto Alegre. Eis o teor da sua ementa:⁴⁶

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA CARCERÁRIO CRIAÇÃO DE VAGAS PARA REGIME FECHADO, SEMIABERTO E ABERTO. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO. 1. É viável a ação civil pública para compelir o Estado à criação de vagas no sistema carcerário, sem que isso configure violação à separação dos poderes, pois a situação fática revela evidente afronta à legalidade. 2. A Constituição afirma que a vida é inviolável e ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, caput e III, CF/88), atendendo assim o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF/88). 3. Os arts. 85 e 88 da Lei n. 7210/84 e o Anexo III da Resolução n. 3 de 23 de setembro de 2005 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP não conferem discricionariedade ao administrador para

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 out.2011.

atender a demanda prisional abaixo dos mínimos lá estabelecidos. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

Outra decisão provém do Tribunal de Justiça de Goiás (Processo autuado sob o número 123375-26.2004.8.09.0049, julgado em 2011),⁴⁷ na qual foi ordenado ao Estado que construísse uma prisão no Município de Goianésia, nestes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SEGURANÇA PÚBLICA. PRIORIDADE ORÇAMENTÁRIA. OMISSÃO ADMINISTRATIVA CONFIGURADA. CONTROLE JURISDICIONAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER. MULTA DIÁRIA. I - O Ministério Público é parte legítima para promover inquéritos civis e ação civil pública, envolvendo interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. II - Deve ser rechaçada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido quando ajuizada ação civil pública cujo pedido não se encontra vedado por lei, ao contrário, quando sua pretensão esta pautada tanto nos artigos da Constituição Federal, do Código Penal, da Lei de Execução Penal, quanto na Lei n. 7347/85, e ainda quando não existe ofensa a moral e aos bons costumes. III - A sentença que reconhece a omissão do Poder Estatal em zelar pela segurança pública e determina àquele a construção de novo presídio respeitando-se a dignidade da pessoa humana e requisitos contidos na Lei de Execução Penal, não fere ao princípio da Separação de Poderes, instituído no artigo 2º da Constituição Federal, não havendo também ofensa ao princípio da razoabilidade, insculpido no artigo 37 da Carta Magna, devendo ser admitido o controle jurisdicional, não configurando exame indevido de mérito administrativo, a avaliação e controle pelo Poder Judiciário. IV - Certo é que dentre as prioridades orçamentárias, encontra-se o sistema prisional, devendo suas necessidades ser atendidas ou previstas nos instrumentos legislativos pertinentes, como a lei de responsabilidade fiscal que prevê que o atendimento a ordem judicial, com o emprego de recursos financeiros. V - É permitido ao julgador em ação

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br>>. Acesso em: 15 out.2011.

civil pública ou coletiva, cujo objetivo é a execução de obrigação de fazer ou não fazer, fixar multa diária cominatória, afim de que o prazo para construção da obra seja respeitado, não merecendo no presente caso minoração, por não conter excessividade. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS.

Um último acórdão escolhido para exame é o do Tribunal de Justiça de Rondônia, exarado na Apelação Cível 0051869-66.2007.8.22.0002. Nesse caso, também foi determinado ao ente político estadual a construção de celas para aumento da capacidade de presídio, além de reformas estruturais neste, localizado na cidade de Ariquemos. A ementa está assim descrita:⁴⁸

EMENTA: Ação civil pública. Construção de presídio. Implementação de política pública. Ativismo Judicial. Possibilidade. Atendimento. Sentença mantida. Recurso Improvido. É possível ao Judiciário, em situações excepcionais, intervir na implementação de políticas públicas. No caso, evidencia-se omissão lesiva aos Direitos Humanos, revelada no descumprimento da obrigação estatal de fornecer condições mínimas de salubridade e segurança aos indivíduos que se encontram sob sua custódia, e qualificada pelo reconhecimento do fato pelo próprio Estado, que firmou acordo expresso para mitigar o problema, mas não o cumpriu.

Analisando a fundamentação dessas decisões,⁴⁹ é possível dizer que foram muito semelhantes. Em todas, relacionam-se as deficiências e a precariedade do presídio objeto da ação, afirma-se o descaso do Estado e invoca-se, como suporte jurídico para amparar a obrigação de fazer, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e/ou o artigo 5º, incisos III e XLIX, da Constituição⁵⁰ e, no plano da legislação federal, os artigos da Lei de Execuções Penais, que positivam as condições ideais nas quais deve funcionar um presí-

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br.>>. Acesso em 15 out.2011.

⁴⁹ O inteiro teor desses arestos está no anexo deste trabalho para conferência.

⁵⁰ Art. 5º: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

dio.⁵¹ Trata-se de raciocínios subsuntivos simples do tipo “[...] premissa maior (direito fundamental de integridade física do preso), premissa menor (insuficiência do número de vagas para atender ao contingente crescente de detentos) e conclusão (impor ao Estado a construção de mais presídios)”.

Ocorre que, na composição desse tipo de conflito judicial, existem substanciais diferenças entre interpretar o direito fundamental à integridade física do preso (artigo 5º, XLIX, da Constituição) como um direito de defesa, de modo a protegê-lo contra agressões de agentes do Estado e de outros detentos, e interpretar esse direito como um direito a sofisticadas e custosas prestações materiais. Quando um presidiário ajuíza uma ação indenizatória por ter sido agredido pelo agente penitenciário, há a necessidade de proteção de uma posição jurídica subjetiva individualizada em face de outrem. Quando a demanda é ajuizada, também em nome do direito à integridade física do detento, mas para determinar ao Estado que execute uma política pública, a interpretação desse direito fundamental é inteiramente diversa. Aqui não pode ser aplicado o mesmo raciocínio subsuntivo. Está-se a falar de uma atividade tipicamente política, de planejamento, de programação, de organização e de execução de uma ação estatal, ou seja, de um novo paradigma jurídico, representado aqui pela invasão do Direito pela política pública. Transcrevo, porque muito oportunas, as palavras de José Reinaldo de Lima Lopes:⁵²

Já os direitos coletivos, se atentarmos bem para sua lista, têm outro caráter. Não se trata, na maioria dos casos previstos no art. 6º.⁵³, de se conservar uma situação de fato existente. Assim, tipicamente o remédio ou ação para proteger tais direitos não consiste na exclusão de outrem (Estado ou particular) numa esfera de interesses já consolidados e pro-

⁵¹ Notadamente os artigos 85 e seu parágrafo único (Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades) e 88 e seu parágrafo único (Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)).

⁵² Op. cit., p. 126-127.

⁵³ Vale ressaltar que, embora o direito à integridade física do preso não esteja no artigo 6º da Constituição, a interpretação que se lhe deu nas decisões foi no sentido de dele extrair uma norma de cunho prestacional, típica dos direitos sociais do artigo 6º, de maneira que o raciocínio de Lima Lopes pode ser aplicado também ao nosso objeto de estudo.

tegidos de alguém (indivíduo ou grupo). Trata-se de situações que precisam ser criadas. Assim o direito à educação: é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar, etc.). Ora, se a vaga não existe, se não existe o tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal direito? Como transformá-lo de um direito à não interferência (permissão, dever de abstenção) em um direito à prestação (dever de fazer, obrigação) de alguém? Paradigmaticamente a mesma coisa ocorre com o direito à moradia: com transformar o direito à propriedade (defesa de bens contra a injusta invasão ou apropriação de terceiros e permissão para deter bens legitimamente adquiridos) em direito à moradia (acesso à propriedade, ou à posse – pela locação, por exemplo – de um local onde se estabelecer com a família numa cidade). De quem extrair tal acesso, contra quem exercer seu direito e quem afinal está obrigado a que espécie de prestação?

Ora, tipicamente os *novos* direitos sociais, espalhados pelo texto constitucional, diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos. Não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos. Mais ainda, têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva, para retomarmos a distinção clássica.

De certa forma, a Constituição de 1988 – analítica, dirigente e compromissória – *empurrou* os juízes para a análise de políticas públicas. E é preciso que esse fenômeno seja absorvido pelo Judiciário com novos olhares. Por isso, apresentei a proposta de que a política seja analisada na sua integralidade. Se não for assim, teremos de aceitar como corretas as decisões examinadas neste estudo, que, se generalizadas, podem criar uma situação complicada no que tange à atividade de administrar a coisa pública. É que, se partirmos da fundamentação apresentada pelos juízes, chegaremos à conclusão de que os problemas da insuficiência da política pública são facilmente resolvíveis. Basta “denunciar” o descaso ao Ministério Público, o qual, por sua vez, ajuizará uma ação e um magistrado, de preferência em sede de liminar, determinará que o poder público disponibilize e execute os meios materiais necessários à promo-

ção dos direitos fundamentais – principalmente os de índole social – previstos na Constituição.

Mas a atividade de política pública não é tão simples assim, como tentei demonstrar acima. Se pensarmos apenas na questão orçamentária – que não recebeu a devida atenção nas decisões transcritas – já podemos ver a complexidade da situação. Valho-me, novamente, de Lima Lopes para esclarecer esse ponto:⁵⁴

Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, § 1º).

A intervenção judicial consistiu em reconhecer o problema e determinar a execução de ações para resolvê-lo. As fases de *elaboração, formulação e implementação* da política pública, a julgar pela *ratio decidendi* dos acórdãos, foram simplesmente ignoradas. Não se sabe se o Poder Executivo dos Estados esboçou cumpri-las ou não. Mas, mesmo que sequer tenha colocado o problema na *agenda*, uma análise dela pelo Poder Judiciário se faria imperiosa, aferindo quais as prioridades eleitas, nas leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes e orçamento propriamente dito), para a área de política penitenciária (poderia ser o caso de construção de presídio em outra localidade, de modo a evitar a concentração de detentos, por exemplo). A “estrutura financeira da política pública (plano, planejamento e orçamento)”⁵⁵ foi olvidada ou, pelo menos, não foi expressamente abordada na fundamentação.

A propósito, há quem sustente que o Poder Judiciário não seria a arena mais adequada para essa discussão, até porque “[...] alargar ou diminuir o acesso ao Judiciário como via de implantação da política pública parece ser um proble-

⁵⁴ Op. cit., p. 132-133.

⁵⁵ Para utilizar a expressão de Maria Paula Dallari Bucci (op. cit., p. 258.)

ma ainda não solvido”.⁵⁶ Conta-se,⁵⁷ nesse sentido, que o professor Mark Tushnet, em palestra proferida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sugerira o seguinte exemplo para ilustrar seu pensamento a respeito do avanço judicial sobre políticas públicas:

[...] imagine um guarda de trânsito situado em um cruzamento de ruas. Ele é a autoridade competente e mais apta para gerir o fluxo de trânsito no local. O guarda pode verificar *in concreto* qual das vias possui maior demanda de utilização, e assim definir o tempo ideal em que cada uma delas terá que aguardar a outra, evitando congestionamentos e acidentes. Caso ocorram modificações nesta situação fática, o guarda poderá fazer os ajustes necessários, retornando à situação ideal anterior. Contudo, mesmo admitindo-se por hipótese a competência do referido guarda para gerir o fluxo de trânsito de toda a cidade, e não apenas do cruzamento inicialmente mencionado, ele não seria a autoridade mais apta a fazê-lo, vez que incapaz de visualizar o que acontece nas demais ruas e avenidas. O único resultado de tal permissão será a geração de caos e desorganização, o que viola certas finalidades do sistema jurídico, como os ideais de racionalização e segurança.

Mas, seja como for, o fato é que, diante de uma aparente inoperância dos Poderes a quem compete, com prioridade constitucional, o tratamento da temática (Executivo e Legislativo), essas demandas acabam chegando aos Tribunais. E os juízes, em alguns – ou muitos – casos (de que são exemplos as decisões analisadas aqui), atuam nelas como se fossem árbitros do melhor meio de se promover um direito prestacional. Então, devem deles ser exigidos parâmetros mínimos e uma abordagem diferenciada do fenômeno, complexo em essência. Parece-me, assim, que pelo menos essas questões deveriam ter sido debatidas na fundamentação dos arestos em exame: O orçamento previu as obras? Qual o valor que elas representam no montante destinado para as políticas de segurança pública? O que é primaz dentro dessa rubrica? Se não estiverem previstas, de que parte do orçamento ou mesmo da rubrica específica sairá o dinheiro?

⁵⁶ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

⁵⁷ FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: Alguns parâmetros gerais para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 64, 2009, p. 70.

E se essas obras estiverem previstas, isso obriga o Estado? Qual a posição dos julgadores sobre a discricionariedade/vinculatividade dos dispositivos da peça orçamentária? Além disso, como está sendo a execução desse orçamento? Está havendo dificuldades de captação de receitas, a impedir a promoção de outros direitos fundamentais (saúde, educação etc.)? Quais as prioridades que, efetivamente, estão sendo observadas na execução orçamentária? Estão ocorrendo os repasses do FUNPEN (Lei Complementar 79/94)? Negativa a resposta, não seria o caso de a União também integrar a lide, tendo em vista o modelo semidescentralizado de gestão das políticas penitenciárias adotado pela Constituição? Além disso, uma vez ampliadas e construídas cadeias, não seria necessária a abertura de concurso para agentes penitenciários e outros servidores ligados à segurança pública? São apenas algumas indagações – fundamentais, acredito eu – que não foram abordadas nas decisões. E isso tão-somente em relação aos aspectos financeiro e de planejamento das políticas.

Poderíamos enfocar a problemática também no concernente ao dever de coerência dos pronunciamentos jurisdicionais, o que nos ajuda a ter uma visão da integralidade da política. É evidente, nesse aspecto, que não são apenas os municípios e apenados abrangidos pelas decisões que estão sofrendo com a superlotação de suas cadeias. A crise penitenciária brasileira é notória de há muito.⁵⁸ Assim, dizer que as cadeias são precárias é afirmar o óbvio. Nesse contexto, então, não seria necessário, em nome do dever de coerência decisória, atender ao pedido de todos os promotores que ajuizassem ações civis públicas em cada uma das Comarcas da Unidade Federativa ao argumento da precariedade dos respectivos estabelecimentos prisionais? Como as decisões não oferecem critérios de prioridade, seríamos forçados a responder afirmativamente à indagação.

Com efeito, nesse novo paradigma, alterou-se a natureza dos conflitos jurídicos, de forma que os conhecimentos e o ferramental dos operadores do Direito devem ser outros. As questões macroeconômicas e os novos direitos,

⁵⁸ Nesse sentido, é o que diz Rogério Greco, em estudo destinado a avaliar a crise do sistema carcerário (GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226-227): “Nos países da América Latina, principalmente, os presídios transformaram-se em verdadeiras ‘fábricas de presos’, que ali são jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento de pena de forma digna, que não afete outros direitos que lhe são inerentes. A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional”.

dentre outras circunstâncias, deveriam provocar “[...] o ator jurídico a pensar o Direito de forma diversa daquela de uma realidade sócio-econômica de matriz liberal na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada”.⁵⁹ O que é complexo – e a política pública o é – deve ser encarado como algo complexo, sem, portanto, cortes cognitivos que propiciem soluções apenas parciais, simplificadas. Ainda uma vez, o socorro vem da seguinte passagem do citado texto de Lima Lopes:⁶⁰

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Para promover a educação ou a saúde o que deve fazer o Estado? Quais os limites constitucionais, quais as direções impostas pela Constituição? A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos. Começemos afirmando que ao Estado não são dadas muitas opções; uma política de educação, ou saúde, ou preservação do meio ambiente dependerá sempre, mais ou menos do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos. [...]

Nesta perspectiva, cresce a importância de alguns capítulos constitucionais pouco conhecidos dos juristas em geral. Refiro-me particularmente ao Título VI (“Da Tributação e do Orçamento”), Capítulo II (“Das Finanças Públicas”), artigos 163 a 169. Em geral o estudo de tais normas tem sido relegado a um segundo plano, seja nos currículos das faculdades de direito, seja no debate público. Em geral, também, o estudo de tais normas restringe-se a uma perspectiva negativa dos tributaristas que invocam continuamente os princípios fixados na Magna Carta inglesa (de 1215) para argumentar sempre pela inconstitucionalidade das iniciativas do Estado. É certo que há inúmeras iniciativas inconstitucionais, mas será que nosso estudo jurídico deveria restringir-se ao estudo do limite ao poder de tributar? Será que a tanto se reduz o direito público que precisamos saber em plena *transição pós-moderna*, digamos assim, do Estado? [...].

⁵⁹ FREITAS FILHO, op. cit., p. 45.

⁶⁰ Op. cit., p. 131-132.

Haveria – é certo – muito a desenvolver, o que, todavia, não será feito em face dos limites propostos para este trabalho. Apenas uma palavra a mais. É que, apesar de ter optado por restringir o estudo ao exame de apenas três decisões de Tribunais diferentes, a temática tem contornos nacionais, mormente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido sua repercussão geral (102, § 3º, CRFB) nos autos do Recurso Extraordinário 592.581/RS, que ainda não possuem previsão de entrada na pauta de julgamento do Plenário.⁶¹ De qualquer forma, essa circunstância torna a discussão ainda mais relevante e problemática, pois, caso a Suprema Corte venha a placitar a intervenção do Poder Judiciário na política prisional, quando da apreciação do mérito do recurso extraordinário, essa decisão, pelo efeito *erga omnes* que a caracteriza, autorizará os Tribunais e juízes do País a dispor sobre o assunto, instituindo, definitivamente, a administração judicial do cárcere no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se novos paradigmas pedem novos olhares, não podem o Poder Judiciário e a dogmática jurídica enfrentar o tema da discussão judicial de políticas públicas com a visão voltada para o passado. Ou o Judiciário renuncia ao exame desse assunto – seja por considerá-lo complexo demais para os seus limites estruturais, seja por entender não possuir legitimidade constitucional para tanto – ou o aborda de maneira a incorporar a sua inerente complexidade. As políticas públicas, por ensejarem escolhas alocativas de dinheiro público, implicam o enfrentamento de questões de macrojustiça, que devem, pois, ser levadas a sério, mormente diante da escassez e da finitude dos recursos orçamentários.

As presentes linhas pretenderam debater um pouco sobre isso. A ideia principal é de que não se resolvem problemas de políticas públicas apenas com tinta e papel. Se no plano retórico, abstrato, os princípios jurídicos parecem dar conta de toda a controvérsia, no mundo dos fatos, a contingencialidade dos recursos públicos impõe que esses princípios sejam densificados e sopesados com elementos da realidade. Essas dificuldades práticas – que também são traduzíveis em problemas jurídicos (o orçamento, por exemplo, está bem disciplinado na Constituição) – devem compor o iter decisório, sob pena de termos de convi-

⁶¹ Vide movimentação processual no sítio virtual do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 out.11.

ver com soluções jurisdicionais pontuais, que não abarcam a maioria dos aspectos que as políticas públicas encerram. Soluções, portanto, ilusórias.

A proposta de tratar a política pública como categoria jurídica independente das regras e dos princípios foi feita para auxiliar nessa tarefa. Parece que uma abordagem interpretativa diferenciada do fenômeno, o que estou denominando de análise integral da política em juízo, pode ajudar os decisores quando deparados com o problema prático. O fato, porém, é que, a julgar pelas decisões examinadas, os Tribunais, quando em jogo a avaliação da política pública penitenciária, estão deixando de apreciar uma significativa gama de componentes que integram essa categoria jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUDIÊNCIA PÚBLICA: **Saúde**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

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

CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Orgs.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora da UnB, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros gerais para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 64, 2009.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

KUHN, Thomas S. Algo más sobre los paradigmas. Trad. Roberto Helier. In: KUHN, Thomas S. **La tensión esencial**. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio em el ámbito de la ciencia. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. **O caminho desde a estrutura**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). **Políticas públicas**. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006.

SILVA, Frederico A. Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery (Orgs.). **Cultura viva: avaliação do programa arte educação e cidadania**. Brasília: IPEA, 2010.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

“POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO” DE MORADORES DE RUA: PRESERVANDO A ORDEM E AS “FRONTEIRAS SOCIAIS”

HOMELESS “CHASING POLICIES”: PRESERVING THE ORDER AND THE “SOCIAL FRONTIERS”

Amanda Wendt Mitani
Cristina Zackseski

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar as “políticas de enxotamento” de moradores de rua do ponto de vista da Criminologia Crítica. Para tanto, partimos da análise das etiquetas de perigoso e desordeiro atribuídas aos moradores de rua, etiquetas essas essenciais para a identificação dessas pessoas como um fato de insegurança para a sociedade. Em seguida, verificamos como as “políticas de enxotamento” se inserem no assunto segurança pública sob a modalidade de prevenção situacional identificando no morador de rua um atributo negativo do espaço urbano. Nesse ponto, ressalta-se a semelhança da proposta de prevenção situacional com a teoria das janelas quebradas, altamente repressiva. Isso porque, ao pressupor a classificação dos atributos do ambiente das cidades em positivos e negativos, a prevenção situacional sujeita-se a identificar como negativos elementos que dizem respeito não apenas ao aspecto físico do meio, mas também ao social. É o que ocorre com os moradores de rua que, em razão de já serem previamente rotulados pela sociedade como perigosos e sujeitos, são enxotados das cidades a pretexto de garantir a segurança da população. Tais práticas, que recebem o nome de “políticas de enxotamento”, mostram-se extremamente repressivas, punindo o indivíduo em razão de sua condição pessoal, não por suas ações, mas por sua maneira de ser. Dessa forma, nota-se que as “políticas de enxotamento”, independentemente do viés em que se pretenda inseri-las (preventivo ou repressivo), utilizam-se de uma noção limitada de segurança segundo a qual a segurança dos incluídos não engloba a garantia de direitos aos excluídos. Assim, diante da impossibilidade de se garantir segu-

rança a alguns sem garanti-la a todos, verifica-se a necessidade de ampliação desse conceito.

Palavras-chave: Políticas de enxotamento. Moradores de rua. Segurança pública. Prevenção. Repressão.

Abstract: This article intends to analyze the homeless "chasing policies" from the point of view of the Critical Criminology. It initiates with the analysis of the dangerous and disorderer labels that are attached to the homeless people. Such labels are determinant for the identification of the homeless as an insecurity factor for the society. The "chasing policies" fit the subject of public safety as a situational prevention strategy treating the homeless as a negative quality of the urban space. At this point, it will be given special attention to the similarities between the proposals of the situational prevention and the highly repressive Broken Windows theory. All that because, by establishing categories of positive and negative qualities of the space, the situational prevention takes the risk of identifying not only objects, but also people as a negative element of the space. That is what happens with the homeless people. Considered as dangerous and disorderes, they are pushed away from the cities under the statement of guarantying the public safety. Measures like this, called "chasing policies", are extremely repressive. They punish the individuals because of their personal condition, not for their actions, but for who they are. The "chasing policies", whatever the tendency one intends to insert it in (preventive or repressive), reveals a limited concept of public safety, which aims the safety of the higher classes without considering the needs of the poorest ones. Facing the impossibility of guarantying safety to some people but not everyone, it is necessary to broaden this concept.

Keywords: Chasing policies. Homeless. Public safety. Prevention. Repression.

INTRODUÇÃO

A expressão "políticas de enxotamento" nos foi apresentada por Viridiana Machado e Sérgio Carvalho Borges;¹ ela, assistente social em Porto Alegre e ele, morador de rua na mesma cidade, na ocasião do Seminário Estadual da População em Situação de Rua ocorrido em agosto de 2010 em Brasília.² Criada

¹ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. **Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 26 ago. 2010.

² SEMINÁRIO ESTADUAL DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, ago. 2010, Brasília/DF.

longe dos bancos das universidades, essa terminologia se orienta em torno de um neologismo³ de origem marcadamente popular (“enxotamento”) e serve ao propósito de se referir a um conjunto de práticas que visam à remoção coercitiva dos moradores de rua dos locais onde sua presença é tida como indesejada. São eles: calçadas, parques, praças, debaixo de pontes e viadutos etc.⁴ Tais práticas podem ser perpetradas tanto por agentes públicos como por agentes privados, com a ressalva de que, enquanto neste último caso fundamentam-se geralmente na preservação da imagem de algum estabelecimento comercial, naquele encontram justificativa na preservação da ordem e na garantia da segurança pública. Orientam-se, assim, a partir do pressuposto de que os moradores de rua configurariam um fator de insegurança para a sociedade.

1 MORADORES DE RUA COMO UM FATOR DE INSEGURANÇA PARA A SOCIEDADE

A identificação dos moradores de rua como um fator de insegurança ocorre principalmente em razão de duas etiquetas que lhes são atribuídas: a de perigoso e a de desordeiro. A primeira é resultado de um processo que Teresa Pires do Rio Caldeira denominou de “fala do crime”.⁵ Trata-se da reprodução de relatos de fatos criminosos que, contados e recontados inúmeras vezes, seja de indivíduo em indivíduo, seja através da mídia, acabam por criar uma figura estereotipada que passa a habitar o “imaginário do medo”⁶ da sociedade. Tal figura carrega características comuns aos moradores de rua e as associa a um indivíduo

³ Roberto Melo Mesquita define neologismo da seguinte forma: “Neologismo é a palavra nova, criada por qualquer um dos processos de formação de palavras da língua.” No caso em questão, o neologismo é **enxotamento** e foi criado a partir do verbo **enxotar** acrescido do sufixo **-mento**. MESQUITA, Roberto Melo. **Gramática da língua portuguesa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 132.

⁴ Os locais mencionados estão entre aqueles que a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua apurou serem os locais onde os moradores de rua podem ser mais comumente encontrados: “[...] calçadas, praças, rodovias, parques, viadutos, postos de gasolina, praias, barcos, túneis, depósitos e prédios abandonados, becos, lixões, ferro-velho ou pernoitando em instituições (albergues, casas de passagem e de apoio e igrejas)” BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008, p. 6.

⁵ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 10.

⁶ AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19h31min.

criminoso, o protagonista da narrativa criminosa, atribuindo ao grupo algo que antes pertencia somente ao indivíduo. Nas palavras da autora:

A fala do crime constrói sua reordenação simbólica do mundo elaborando preconceitos e naturalizando a percepção de certos grupos como perigoso. Ela, de modo simplista, divide o mundo entre o bem e o mal e criminaliza certas categorias sociais.⁷

Dessa forma, o "imaginário do medo"⁸ produzido a partir da "fala do crime"⁹ opera uma generalização, rotulando todo o grupo em função dos atos de alguns. Consequência disso é a expectativa da sociedade com relação aos moradores de rua de que venham a cometer "novos" delitos, pressupondo-se que tenham cometido o primeiro. Por essa razão, os moradores de rua passam a ser identificados como perigosos, portanto, como um fator de insegurança para a sociedade.

A segunda etiqueta, de desordeiro, deve-se ao fato de os moradores de rua não viverem de acordo com as normas da sociedade. Cláudia Turra Magni ressalta uma das principais infrações por eles cometidas: a violação à divisão dos espaços em públicos e privados.

Ao utilizarem locais públicos como calçadas, viadutos, praças, parques, etc., com finalidades domésticas, essas pessoas afrontam o ideal de controle e domesticação do meio citadino, além de corromperem a ordem de classificação (público/privado) dos espaços urbanos. Dormir, comer, excretar, copular, divertir-se, brigar, enfim, sobreviver e conviver com os seus pares na própria rua subverte a organização espacial cidadina.¹⁰

Sem moradia, local destinado não só a abrigar o indivíduo das intempéries, mas também a servir de palco para suas relações pessoais e atividades mais íntimas, o indivíduo que mora na rua acaba utilizando o espaço público para tal

⁷ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 10.

⁸ AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19h31min.

⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 10.

¹⁰ MAGNI, Cláudia Turra. **Nomadismo urbano: uma etnografia sobre moradores de rua em Porto Alegre**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 37-38.

finalidade. Isso significa comer, dormir, excretar, criar seus filhos em público, ferindo gravemente a cisão entre público e privado estabelecida pela sociedade.

Esse é apenas um exemplo de violação às normas da sociedade. Existem outros, como o fato de os moradores de rua vagarem pelas ruas da cidade sem destino certo, pedirem esmola, revirarem latas de lixo etc. Comportamentos como esses permitem classificar os moradores de rua como uma desordem. Tal classificação, por sua vez, como já se fazia desde a teoria das janelas quebradas,¹¹ também permite identificá-los como um fator de insegurança para a sociedade. Isso porque a desordem social, configurada na presença de incivildades e pequenos delitos não reprimidos, degrada o meio, tornando-o propício ao cometimento de delitos cada vez mais graves. Dessa forma, ainda que não propriamente criminoso em si, o comportamento desordeiro dos moradores de rua contribuiria para a insegurança da sociedade ao tornar o espaço por ela ocupado mais suscetível à ocorrência de crimes.

¹¹ A teoria das janelas quebradas foi lançada por James Q. Wilson e George L. Kelling nos Estados Unidos da década de 1980 como proposta de policiamento alternativa ao modelo até então empregado, segundo o qual a atividade policial deveria voltar-se essencialmente ao combate às práticas criminosas, investigando e solucionando crimes. Diante dos crescentes índices de criminalidade nas cidades norte-americanas, Wilson e Kelling concluíram a ineficácia desse modelo que, incapaz de reprimir a criminalidade de forma satisfatória, permitia que se disseminasse entre os cidadãos um forte sentimento de insegurança.

Propuseram, então, que as forças policiais do Estado deslocassem sua atenção para as chamadas incivildades, condutas desviantes, portanto, socialmente reprováveis, mas que não foram criminalizadas. Tal proposta se fundava na crença de que os mesmos policiais que não logravam êxito no combate ao crime certamente seriam bem sucedidos no combate às incivildades.

Wilson e Kelling justificaram essa mudança de foco na atividade policial com a lógica das janelas quebradas que deu nome à teoria. Segundo essa lógica, se, em uma determinada comunidade, uma janela fosse quebrada e não fosse reparada, em pouco tempo todas as demais janelas da vizinhança estariam quebradas. Tal maneira de pensar traz implícita a ideia de que uma incivildade sem reação social estimula o cometimento de novas incivildades. Isso porque faz transparecer que a comunidade não se importa com aquele tipo de comportamento, indicativo de que ele pode ser repetido sem risco de represálias.

No entanto, para os idealizadores da teoria, a prática reiterada de incivildades seria capaz de deteriorar o ambiente social de tal forma que faria nascer na mente do criminoso a confiança de que, naquele local, um crime também poderia ser praticado sem que houvesse reação da sociedade, já que ela não consegue controlar nem mesmo simples incivildades. Por essa razão, Wilson e Kelling propuseram que tais comportamentos, embora menos expressivos e ainda que não tenham sido criminalizados, deveriam ser fortemente reprimidos. WILSON, James Q.; George L. Kelling. Broken windows. *Atlantic Magazine*. Washington, mar. 1982. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/5/>>. Acesso em: 26 maio 2011. 07h45min.

Assim, verifica-se que, seja em razão da etiqueta de perigoso que o identifica como um criminoso em potencial, seja em razão da etiqueta de desordeiro que o identifica como um elemento que degrada o ambiente das cidades tornando-as mais propícias à criminalidade, o morador de rua pode ser classificado como um atributo negativo do espaço urbano que deve ser eliminado a fim de tornar a cidade mais segura. É nesse sentido que vislumbramos a possibilidade de as "políticas de enxotamento" de moradores de rua se inserirem dentre as estratégias de prevenção situacional da Nova Prevenção.

2 "POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO" COMO ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO SITUACIONAL

Antes de tratar da prevenção situacional propriamente dita, é preciso conhecer a tendência da Nova Prevenção em que ela se insere. A Nova Prevenção surgiu na Europa na década de 1980, mesma época em que os Estados Unidos viam nascer a teoria das janelas quebradas.¹² Embora não haja consenso quanto ao que exatamente venha a ser a Nova Prevenção,¹³ encontram-se abarcadas por essa terminologia estratégias de segurança que têm em comum o momento de atuação anterior ao cometimento do delito. Daí falar-se em prevenção. Decorrencia disso é o fato de serem externas ao sistema penal, que se limita a reagir ao delito já praticado.¹⁴

Outra característica que faz transparecer a autonomia da Nova Prevenção com relação ao sistema penal é a sua desvinculação do conceito de crime. Enquanto o sistema penal encontra-se atrelado à definição legal de crime, somente podendo reprimir as condutas formalmente previstas, a Nova Prevenção direciona suas ações não só à prevenção do delito, mas também a evitar condutas que,

¹² DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 102.

¹³ Cristina Zackseski explica: "Apesar dessa distinção [dissuasão vs. prevenção, sendo que 'O primeiro denota os efeitos desejados ou empíricos do sistema penal e o segundo refere-se à órbita externa ao Direito Penal, no sentido de prevenir o crime'] e de várias construções teóricas que tentam desvendar o significado e o alcance da nova forma preventiva, ainda é muito difícil estabelecer em definitivo o que seja essa estratégia [...]" ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. Florianópolis. 1997. 109 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 20-21.

¹⁴ ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua**. Florianópolis. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 20-21.

embora não tenham sido criminalizadas, são prejudiciais ao convívio social.¹⁵ Nesse ponto, encontra-se a principal distinção entre a Nova Prevenção e a teoria das janelas quebradas, pois esta última propunha a repressão dessas condutas não criminalizadas, as incivildades, como forma de prevenir a criminalidade. A Nova Prevenção, por outro lado, propõe a prevenção de ambos.

Com vistas a alcançar esse objetivo, foram criados diversos modelos de política de segurança, dentre os quais se destacam dois: o modelo anglo-saxão e escandinavo e o modelo francês. O primeiro é caracterizado pelo emprego de estratégias de prevenção situacional, e o segundo, pelo emprego de estratégias de prevenção social.¹⁶ Interessa-nos aqui o estudo da prevenção situacional.

Tal estratégia orienta-se no sentido de reduzir as oportunidades de ocorrência do delito.¹⁷ Nesse sentido, uma oportunidade seria uma situação que combinasse a vontade de delinquir com as circunstâncias propícias à satisfação dessa vontade. Logo, para evitar uma oportunidade, seria necessário impedir a coexistência desses dois fatores. Para tanto, a prevenção situacional propõe a intervenção no espaço físico com vistas a tornar as circunstâncias menos propícias ao cometimento de delitos.¹⁸ É o que explica Theodomiro Dias Neto:

Medidas de prevenção situacional são aquelas voltadas a intervir nas características físicas de um local (iluminação, obstáculos, mudança arquitetônica) ou introduzir mecanismos de vigilância (câmeras, alarmes, trancas) com o objetivo de dificultar a prática de crimes, desvios ou problemas,

¹⁵ ZACKESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana**: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. Florianópolis. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 21.

¹⁶ A prevenção social tem como eixo central de sua atuação a incidência sobre as causas do crime/incivildade, as circunstâncias sociais mais remotas (educação, cultura, lazer, fatores econômicos etc.) que influenciam na formação do indivíduo. Assim, propõe a intervenção no meio social como forma de prevenir o delito/incivildade. DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 119-120.

¹⁷ ZACKESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana**: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. Florianópolis. 1997. 109 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 23-28.

¹⁸ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 123.

de facilitar as possibilidades de defesa de potenciais vítimas ou de produzir percepção subjetiva de segurança.¹⁹

Contudo, embora os exemplos mais comuns de medidas de prevenção situacional consistam na instalação de postes de iluminação pública, na poda de árvores, ou mesmo na mudança no projeto arquitetônico dos edifícios, elas nem sempre incidem apenas sobre elementos estritamente físicos do meio. Uma vez que a proposta é a alteração do espaço para torná-lo menos propício à prática de crimes, é necessário identificar os atributos negativos desse espaço para que se possa, então, eliminá-los. Em meio a esses atributos negativos, muitas vezes inserem-se pessoas rotuladas como perigosas ou desordeiras, pessoas como os moradores de rua e as medidas que visam expulsá-los do espaço das cidades, conforme já verificado anteriormente, recebem o nome de "políticas de enxotamento".

Apesar da predominância do viés da segurança pública no caráter de prevenção situacional das "políticas de enxotamento", também não passa despercebida a influência do ideal de pureza, sustentáculo das políticas "higienistas",²⁰ na rotulação do indivíduo morador de rua como um atributo negativo do espaço. Nesse sentido é que as "políticas de enxotamento" podem ser vistas também como uma mescla de prevenção situacional como limpeza urbana.

3 "POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO": UMA MESCLA DE SEGURANÇA PÚBLICA COM LIMPEZA URBANA

As políticas "higienistas",²¹ apesar de incidirem sobre o espaço assim como as medidas de prevenção situacional, não assumem a função de segurança pública. São práticas que se destinam especificamente à limpeza do ambiente das cidades. No entanto, em razão de se orientarem a partir de um ideal de pureza que abrange não só o aspecto físico do meio, mas também o social, tais políticas

¹⁹ Theodomiro Dias Neto distingue insegurança objetiva de insegurança subjetiva. Segundo ele, a primeira corresponderia ao "risco efetivo de criminalidade" e a segunda, ao "medo do crime". Seguindo a mesma lógica, seria possível afirmar que, para Theodomiro, segurança subjetiva seria o sentir-se seguro no sentido de sentir-se a salvo da criminalidade, sentimento esse que não necessariamente corresponde ao risco real de incidência desta (segurança objetiva). DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 106.

²⁰ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53.

²¹ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53.

acabam alcançando alguns grupos de indivíduos tidos como sujos, dentre eles, os moradores de rua.

Referido ideal de pureza determina que, para uma cidade ser considerada limpa, não bastam boa iluminação, ruas e calçadas limpas, parques e lagos bem preservados, construções bem conservadas. É necessário que o local seja também bem frequentado. Isso significa que não pode haver pobres, mendigos e vagabundos, pois eles compõem um tipo de sujeira humana que contamina a cidade. Segundo Zygmunt Bauman, tal ideal dependeria diretamente de uma noção de ordem. Explica o autor:

A pureza é uma visão das coisas colocadas em lugares diferentes dos que elas ocupariam, se não fossem levadas a se mudar para outro, impulsionadas, arrastadas ou incitadas; e é uma visão da ordem – isto é, de uma situação em que cada coisa se acha em seu devido lugar e em nenhum outro. Não há nenhum meio de pensar sobre a pureza sem ter uma imagem da “ordem”, sem atribuir às coisas seus lugares “justos” e “convenientes” [...]. O oposto de “pureza” – o sujo, o imundo, os “agentes poluidores” – são coisas “fora do lugar”. Não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em “sujas”, mas tão somente a sua localização e, mais precisamente, sua localização na ordem das coisas idealizada pelos que procuram a pureza. As coisas que são “sujas” num contexto podem tornar-se puras exatamente por serem colocadas num outro lugar – e vice-versa.²²

No entanto, Bauman prossegue explicando que, a depender da ordem vigente, pode haver coisas (ou pessoas) sem lugar certo no cenário social, o que implicaria em que elas estivessem constantemente “fora do lugar”. É o que se infere do trecho a seguir: “Há, porém, coisas para as quais o “lugar certo” não foi reservado em qualquer fragmento da ordem preparada pelo homem. Elas ficam “fora do lugar” em toda parte, isto é, em todos os lugares para os quais o modelo de pureza tem sido destinado”.²³

²² BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 14.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 14.

No caso das sociedades capitalistas como a brasileira, impuros, sujos e desordeiros são os indivíduos incapazes de consumir, a quem Bauman denomina de "consumidores falhos". Segundo ele:

Uma vez que o critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados fora como um "problema", como "sujeira" que precisa ser removida, são *consumidores falhos* – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser "indivíduos livres" conforme o senso de "liberdade" definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos "impuros", que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes – verdadeiramente "objetos fora do lugar".²⁴

Dessa forma, verifica-se que a incapacidade de consumir dos moradores de rua permite classificá-los como sujos, impuros, o que torna possível abordá-los como problema de limpeza urbana. No entanto, conforme evidenciado por Bauman, ser sujo e impuro é também infringir a ordem, o que, por sua vez, permite que os moradores de rua sejam abordados como problema de segurança pública. Por essa razão, entendemos que as "políticas de enxotamento" estariam mais bem definidas como um híbrido de política de segurança pública com política de limpeza urbana, já que apresentam traços de ambos.

Na sequência, serão apresentados três exemplos de "práticas de enxotamento", momento em que será possível verificar que, em algumas, são muito nítidas as características das medidas de limpeza urbana; enquanto, em outras, tais características quase não podem ser percebidas, predominando o viés da segurança pública. O primeiro exemplo a ser apresentado é o de um "enxotamento" praticado com a participação de funcionários da limpeza urbana da cidade.

4 COOPERAÇÃO ENTRE POLICIAIS E FUNCIONÁRIOS DA LIMPEZA URBANA PARA O "ENXOTAMENTO" DOS MORADORES DE RUA

Neste primeiro exemplo de "enxotamento", predominam as características das medidas de limpeza urbana. Embora haja participação de policiais militares ou guardas municipais, seu papel é secundário, cabendo a eles somente prestar

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 24.

apoio aos funcionários da limpeza urbana no caso de uma eventual reação por parte dos moradores de rua. Em geral, procede-se da seguinte maneira: uma equipe da limpeza urbana acompanhada por força policial dirige-se a um local onde estejam instalados moradores de rua. Chegando lá, o local é limpo, os barracos são destruídos e todo o material encontrado (cobertores e colchões velhos, latas de metal, lonas, pedaços de papelão, sacolas plásticas etc.) é jogado no lixo. O jornal “O Trecheiro”,²⁵ editado pela Rede Rua de Comunicação,²⁶ registrou um “enxotamento” realizado nesses moldes no bairro da Mooca em São Paulo:

Na segunda-feira, dia 1 de novembro de 2010, logo após a eleição da nova Presidente da República, Dilma Rousseff, o jornal O Trecheiro flagrou mais uma ação da “Limpeza Urbana” da Subprefeitura da Mooca, acompanhada pela Guarda Civil Metropolitana. A ação consistia em destruir as casas improvisadas das pessoas em situação de rua e recolher todos os objetos que estivessem no espaço. A ordem era limpar calçadas e baixos dos viadutos. O trabalho dos funcionários da limpeza foi eficiente. Não ficou nada em pé.²⁷

O mesmo jornal trouxe a informação de que, naquela ocasião, moradores de rua, desesperados, tentavam evitar que seus pertences fossem jogados fora deitando-se sobre eles. Uma mulher que tivera seu colchão tomado pelos funcionários da limpeza urbana chegou a subir no caminhão em que era jogado o “lixo” para recuperá-lo.²⁸

“O Trecheiro” ainda registrou o desabafo de W. S. Machado, que disse: “Mesmo usando uma calçada, a gente tem o nosso direito de, no mínimo, um lar”,²⁹ indicando que o indivíduo tem o direito de morar, de existir em algum lugar que lhe proporcione abrigo, que possa chamar de lar, ainda que esse local não seja o mais adequado à sua subsistência. Pior que isso, certamente, é não ter lar algum.

²⁵ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? **O Trecheiro**, São Paulo: novembro, ano XIX, n. 192, 2010, p. 1.

²⁶ Para mais informações ver: Rede rua: comunicar, educar e articular cidadania. **Principal**. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.rederua.org.br/#top>>. Acesso em: 25 maio 2011, 22h44min.

²⁷ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? **O Trecheiro**, São Paulo: novembro, ano XIX, n. 192, 2010, p. 1.

²⁸ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? **O Trecheiro**, São Paulo: novembro, ano XIX, n. 192, 2010, p. 1.

²⁹ COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? **O Trecheiro**, São Paulo: novembro, ano XIX, n. 192, 2010, p. 1.

Além disso, em ações como essa, também é comum que sejam destinados ao lixo, em meio a outros tantos objetos, documentos e remédios, tão custosos para o morador de rua conseguir, mas facilmente perdidos em um "enxotamento". Algumas vezes, são jogados fora até mesmo itens doados pelas próprias instituições de assistência social, como cobertores e roupas, além dos encaminhamentos feitos por elas para a retirada de documentos ou para que o morador de rua busque atendimento médico, em flagrante descompasso entre as diversas ações do governo, conforme explica Samuel Rodrigues, integrante da coordenação nacional do MNPR:

Você tem um serviço social que, durante o dia, te encaminha para tirar foto, para tirar um documento, te encaminha para um balcão de emprego ou para um emprego, te encaminha para um albergue ou para uma república. Então, você tem esse encaminhamento no serviço social, mas existe um outro serviço na cidade chamado controle urbano, que controla, principalmente nos grandes centros. É aquele pessoal que não permite as mesas dos bares na calçada, não permite o caminhoneiro vendendo sua mercadoria no centro. Esse serviço passa pela maloca (a maloca é o lugar onde o morador de rua dorme) e retira tudo. Ele toma o colchão e joga em cima do caminhão. Ele toma a garrafa de cachaca. Ele toma o cobertor. Ele toma a sacola com roupa. Ele leva tudo. E a população de rua não consegue separar esse serviço que vai ser acompanhado pela polícia, esse controle urbano, da assistência social que fez o encaminhamento durante o dia. Ela tem como a Prefeitura: "A Prefeitura faz isso". [...] A mesma cidade que oferece o encaminhamento é a mesma cidade que toma.³⁰

Samuel também fornece como exemplo o caso do morador de rua que deseja retomar os estudos:

Quem quer retomar os estudos, por exemplo. O albergue é inflexível na questão do horário. Ou você chega oito horas da noite, ou você não chega. Então, quem vai fazer um curso à noite não tem como e quem está na rua não tem onde

³⁰ RODRIGUES, Samuel. **Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 26 ago. 2010.

guardar o material para fazer o curso. Daí essa população não acessa a educação por essa inflexibilidade.³¹

Em uma situação como essa, o indivíduo morador de rua vê-se diante de duas possibilidades: ou dorme no abrigo e não comparece às aulas, ou comparece às aulas e não dorme no abrigo. Nesse último caso, terá de dormir na rua, onde será alvo fácil de “enxotamentos”, correndo o risco de perder seu material, o que inviabilizaria seus estudos. Assim, ao final, ambas as possibilidades acabam levando a um mesmo resultado: a inviabilidade do retorno aos estudos.

Além dos prejuízos materiais acima indicados, os “enxotamentos” praticados em meio a ações de limpeza urbana também podem causar graves danos emocionais ao morador de rua enxotado, como ocorreu no caso narrado por Viridiana Machado, assistente social em Porto Alegre, do morador de rua que, vítima de um “enxotamento” nesses moldes, teve a caixa em que guardava as últimas fotos da família jogada fora, perda que o deixou desolado.³²

Assim, verifica-se que uma ação direcionada para a limpeza urbana, aparentemente inofensiva aos olhos do observador menos atento, pode repercutir de forma extremamente negativa na vida do morador de rua. A falta de estudo e de documentos dificulta a obtenção de um emprego. A falta do cobertor, da muda de roupa ou da lata de metal utilizada para cozinhar torna a vida nas ruas ainda mais dura. A perda de um bem de grande valor emocional abala a confiança do indivíduo na possibilidade de melhora de suas condições de vida. Cada perda à sua própria maneira contribui para tornar o processo de reinserção do morador de rua na sociedade ainda mais difícil.

O segundo exemplo de “enxotamento” a ser apresentado recebe o nome de “desova”.

5 “DESOVA”

A “desova” é uma técnica de “enxotamento” que consiste no transporte forçado dos moradores de rua para locais distantes dos centros urbanos, em geral, mediante o uso de violência. É vulgarmente referida como “desova” em

³¹ RODRIGUES, Samuel. **Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 26 ago. 2010.

³² MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. **Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 26 ago. 2010.

razão da forma como ocorre, com o transporte dos moradores de rua todos em um mesmo veículo (*van* ou ônibus) até um local distante onde são, então, todos liberados. A reportagem do Fantástico de 22 de outubro de 2006 registrou um "enxotamento" praticado nesses moldes no município de Paranaguá, Paraná:

Em março deste ano [2006], um morador de rua exausto, com bolhas nos pés, bateu à porta da paróquia de um padre, em Paranaguá, cidade portuária do Paraná. José Hamilton andou 90 quilômetros, durante dois dias e meio, desde Curitiba, para voltar à cidade de onde tinha sido levado à força. Perdeu o trabalho que tinha acabado de conseguir em Paranaguá.

"Já imaginou vir de Curitiba até aqui a pé? Com que condição eu ia trabalhar?", pergunta José Hamilton Gomes, de 56 anos, morador de rua.

A história desmascarou uma prática noturna criminosa. "A denúncia inicial é de que estava sendo feita uma limpeza social pela Guarda Municipal", afirma Valmir Soccio, delegado de polícia de Paranaguá.

Durante a madrugada, guardas municipais passavam de *van* e recolhiam os moradores de rua com violência. "Eu já sabia que eles iam nos levar para longe, porque eles estavam acostumados a fazer isso", conta uma moradora de rua.

Os guardas diziam que iam levá-los a um albergue. Mas os moradores de rua eram torturados e abandonados na estrada, a dezenas de quilômetros de Paranaguá.

"Alguns eram levados daqui para um local que se chama Viaduto dos Padres, que fica na rodovia que liga Paranaguá a Curitiba", acusa o promotor de Justiça José Luiz Loreto.

"Chegaram no viaduto e me chamaram de vagabundo. Pegaram meus documentos e jogaram tudo no chão. Eles bateram em mim pra caramba. Bateram nas minhas costas, eu não podia nem andar no outro dia. Deram cacetada e quebraram meu pé", conta José Antonio Rodrigues, de 46 anos, morador de rua.

"Os bens deles eram arremessados no Viaduto dos Padres e eles diziam: 'Na próxima vez são vocês. Não voltem para Paranaguá'", diz o promotor.

Quando não eram abandonados à beira do viaduto, os moradores de rua eram levados para Curitiba e outras cidades, como Registro, no interior de São Paulo. “Em cada um que eles soltavam, eles davam três cacetadas nas costas e com o pé empurravam para fora da kombi”, diz Carlos Batista Corrêa, de 28 anos, morador de rua.³³

Instaurado inquérito policial, o Secretário de Segurança Pública de Paranaguá, Álvaro Domingues Neto, foi convidado a depor, ocasião em que assumiu ter transportado os moradores de rua até Curitiba. Alegou, contudo, que “Eles foram deixados no lugar onde eles pediam para serem deixados”, informação que, conforme ressaltou o Promotor de Justiça José Luiz Loreto, não condiz com o fato de os moradores de rua transportados regressarem imediatamente a Paranaguá.³⁴

Os prejuízos de um “enxotamento” nesses moldes são bastante evidentes. Além de sofrerem violência física, os moradores de rua transportados à força para longe de suas cidades, em geral, não dispõem de recursos para custear o transporte de volta, tendo de retornar a pé como fez José Hamilton. Não bastassem a violência e o cansaço, essas pessoas também acabam perdendo preciosas oportunidades de emprego, como também ocorreu com José Hamilton.

O terceiro e último exemplo de “enxotamento” a ser apresentado neste trabalho consiste na abordagem e condução do morador de rua à delegacia como pretexto para retirá-los da rua.

6 CONDUÇÃO DESNECESSÁRIA DO MORADOR DE RUA À DELEGACIA

Essa terceira modalidade de “enxotamento” utiliza-se da condução do morador de rua à delegacia como forma de retirá-lo à força do local onde se encontra. Tal condução, em geral, é feita sob a alegação de que o morador de rua abordado teria cometido desacato ou mesmo sem alegação alguma. Uma vez em delegacia, o morador de rua tem acrescida aos seus registros policiais mais uma ocorrência, sendo em seguida devolvido às ruas. Contudo, não são raros os casos em que esse procedimento dura um dia inteiro, resultando em uma grave perda

³³ Abuso de autoridade. **Fantástico**, Rio de Janeiro, 22 out. 2006. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL696150-15605,00.html>>. Acesso em: 25 maio 2011, 22h46min.

³⁴ Abuso de autoridade. **Fantástico**, Rio de Janeiro, 22 out. 2006. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL696150-15605,00.html>>. Acesso em: 25 maio 2011, 22h46min.

de tempo para o morador de rua que, não havendo coletado nada nem conseguido dinheiro, fatalmente passará fome no dia seguinte.³⁵

Exemplo prático de enxotamento nessa modalidade é o procedimento adotado pelos policiais militares em Porto Alegre, conforme relata Sérgio Carvalho Borges, coordenador do Movimento Aquarela da População de Rua do Rio Grande do Sul e articulador regional sul do MNPR no eixo Porto Alegre - Curitiba. Segundo ele, os policiais, quando em ronda, abordam o morador de rua no banco da praça, por exemplo, e ordenam que saia. Avisam-no de que prosseguirão a ronda e de que não desejam encontrá-lo naquele local novamente. Caso o morador de rua insista em ali permanecer, será abordado uma segunda vez, recebendo novo aviso de que deve deixar o local sob pena de, se for encontrado ali novamente, ser preso por desacato. Caso o morador de rua insista em permanecer no local, será abordado uma terceira vez, quando será, então, imediatamente conduzido à delegacia.³⁶

Dessa forma, nota-se que, embora a conduta dos moradores de rua de dormir no banco da praça, como no exemplo fornecido por Sérgio, não seja uma conduta criminosa, ela é igualmente repudiada pela sociedade. A distinção entre elas repousa em um aspecto de natureza meramente formal, qual seja, a falta de previsão legal. Tais características, reprovabilidade social aliada à ausência de tipificação, permitem classificar as condutas que ensejaram o "enxotamento" dos moradores de rua nos exemplos apresentados como incivildades. Nesse ponto, salta aos olhos a semelhança das "políticas de enxotamento" com a teoria das janelas quebradas de Wilson e Kelling.

7 "POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO", JANELAS QUEBRADAS E O CHOQUE DE ORDEM NO RIO DE JANEIRO

Embora o enfoque das "políticas de enxotamento" como medida de prevenção situacional seja o espaço urbano, não as condutas nele praticadas, ao classificar as características desse espaço em positivas e negativas, as "políticas de enxotamento" acabam inevitavelmente criando uma categoria de incivildades.

³⁵ O jornal "O Trecheiro", de julho de 2010, trouxe o relato de João Batista, que se tornou morador de rua após perder o emprego de pintor naval na Petrobrás e disse: "Já me levaram para a 9ª Delegacia de Polícia - DP e me deixaram e castigo o dia todo." COSTA, Alderon. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. *O Trecheiro*, São Paulo: julho, ano XIX, n. 189, 2010, p. 1.

³⁶ BORGES, Sérgio Carvalho. *Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani*. Brasília, 24 ago. 2010.

Isso porque nem sempre a característica identificada consistirá em um aspecto estritamente físico do meio (um beco escuro, uma praça abandonada etc.). Haverá caos em que a característica negativa envolverá a presença de um determinado grupo de pessoas, os moradores de rua, por exemplo.

A possibilidade de se trabalhar com o conceito de incivilidade também no âmbito das “políticas de enxotamento” é o que torna evidente as suas semelhanças com a teoria das janelas quebradas de Wilson e Kelling. Essa proximidade entre ambas também pode ser facilmente identificada na chamada Operação Choque de Ordem atualmente em curso no Rio de Janeiro. Referida operação se utiliza do “enxotamento” de moradores de rua como estratégia de segurança pública.

O apelido “Choque de Ordem” foi criado pela mídia para se referir à primeira fase do programa de “consolidação da Ordem Pública na cidade do Rio de Janeiro” desenvolvido pela SEOP – Secretaria Especial para a Ordem Pública daquele município. O programa completo é composto de quatro fases: (1ª) Restabelecimento da Autoridade Pública, (2ª) Planejamento Estratégico da Ordem Pública, (3ª) Execução do *Portfolio* de Projetos e (4ª) Monitoramento dos Impactos na Ordem Pública. A primeira fase, o Restabelecimento da Autoridade Pública ou Choque de Ordem está em andamento desde janeiro de 2009. Na página virtual da Prefeitura, é possível encontrar o seguinte texto de apresentação da operação:

Choque de Ordem

Um fim a desordem urbana.

A desordem urbana é o grande catalisador da sensação de insegurança pública e a geradora das condições propícias à prática de crimes, de forma geral. Como uma coisa leva a outra, essas situações banem as pessoas e os bons princípios das ruas, contribuindo para a degeneração, desocupação desses logradouros e a redução das atividades econômicas.

Com o objetivo de pôr um fim à desordem urbana, combater os pequenos delitos nos principais corredores, contribuir decisivamente para a melhoria da qualidade de vida em nossa Cidade, foi criada a Operação Choque de Ordem.³⁷

³⁷ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **CHOQUE DE ORDEM**. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?article-id=87137>>. Acesso em: 26 maio 2011. 00h05min.

A despeito de certa imprecisão teórica ao tratar a teoria das janelas quebradas e o modelo tolerância zero de segurança como uma mesma coisa, os formuladores do programa de "Consolidação da Ordem Pública na cidade do Rio de Janeiro" assumiram expressamente sua inspiração nessas propostas, adotando como ponto de partida a ideia de que o combate às incivildades e aos pequenos delitos contribuiria para o restabelecimento da ordem, tornando o ambiente da cidade menos propício ao cometimento de crimes e reduzindo, ao mesmo tempo, o sentimento de insegurança da população. Tal ideia, ponto em comum a ambas as propostas, foi inclusive apontada como justificativa para a importância do tema para a cidade do Rio de Janeiro:

Para a SEOP, a 'desordem urbana' é um importante propulsor da sensação de insegurança pública e acaba por gerar condições que propiciam a prática de crimes. De modo geral, tal desordem contribui diretamente para a degeneração e desocupação dos logradouros, sejam eles públicos ou privados, bem como para a diminuição e enfraquecimento das atividades econômicas. Por esta razão, combater a desordem urbana é central à ampliação da qualidade de vida em nossa cidade.

Essa visão segue a teoria de priorizar o combate ao pequeno delito denominada: 'Tolerância Zero' (em inglês '*Broken Windows*') [sic]. Esta teoria foi aplicada em várias cidades americanas, no início dos anos 90 (mais notoriamente em Nova York), tendo como resultado uma redução significativa dos índices de criminalidade, e o restabelecimento da ordem, sobretudo, na repressão contínua e sistemática aos pequenos delitos. A teoria propõe que os pequenos delitos, comumente praticados livremente e em larga escala, criam o ambiente propício para a desordem generalizada, aumentando, em cadeia, a incidência dos grandes delitos e, conseqüentemente, a sensação de insegurança na população. Esse problema, por sua vez, prejudicou consideravelmente a cidade do Rio de Janeiro. Dessa forma, é uma questão relevante à agenda pública de nosso Município.³⁸

³⁸ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Especial da Ordem Pública. **Proposta para um plano municipal de ordem pública:** diagnóstico e proposições. Rio de Janeiro, mar. 2010, p. 25.

Dentre as principais incivildades a serem combatidas pelo Choque de Ordem encontram-se: o “estacionamento irregular”; a “ocupação irregular do espaço público”, referindo-se ao “uso indevido das calçadas com a ocupação de mesas, cadeiras e de outros obstáculos que impedem a livre circulação dos pedestres”; o “xixi na rua”; as “construções irregulares em áreas de risco e de proteção ambiental; a “publicidade irregular”; a “população de rua” e os “flanelinhas”.³⁹ Com respeito à população de rua especificamente, a proposta da SEOP é a seguinte:

A rua é um dos lugares mais degradantes para um cidadão e sua família transformarem em dormitório. Em apoio à Secretaria Municipal de Assistência Social, com auxílio de um ônibus exclusivo, o Choque de Ordem atua no acolhimento de moradores de rua e os direciona para abrigos da Prefeitura.⁴⁰

Contudo, a realidade dessas ações da SEOP envolvendo moradores de rua parece ser outra, conforme registrou o jornal “O Trecheiro”, de julho de 2010:

O jornal O Trecheiro conheceu um grupo de moradores de rua do Rio de Janeiro em junho passado [junho de 2010], que denunciaram a violência que sofrem nas ruas da cidade. A discriminação e o desrespeito começam pelas abordagens realizadas por agentes públicos. Estes adotam como primeira providência, o encaminhamento de todas as pessoas que se encontram nas ruas para as delegacias de polícia, antes mesmo de irem para um CRAS - Centro de Referência de Assistência Social ou um possível abrigo.

[...]

Marcelo Silva, articulador do MNPR/RJ [Movimento Nacional da População de Rua no Rio de Janeiro], confirma essas denúncias contra a população de rua. “Aqui no Rio, o Choque de Ordem leva primeiro para a delegacia, depois para um abrigo. Além disso, a população de rua é considerada bandida traficante, marginal”, desabafa Marcelo.⁴¹

³⁹ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **SEOP - Secretaria Especial da Ordem Pública**: ações da secretaria. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/exibeconteudo?article-id=152881>>. Acesso em: 26 maio 2011, 00h09min.

⁴⁰ PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **SEOP - Secretaria Especial da Ordem Pública**: ações da secretaria. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/exibeconteudo?article-id=152881>>. Acesso em: 26 maio 2011, 00h09min.

⁴¹ COSTA, Alderon. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. **O Trecheiro**, São Paulo: julho, ano XIX, n. 189, 2010, p. 1.

No Rio de Janeiro, Geovani Silva Gonzaga e Ana Cláudia Valentim Nogueira foram conduzidos à delegacia em razão de haverem sido confundidos com moradores de rua. O casal foi abordado em 18 de maio de 2009 na praia de Copacabana por policiais do Choque de Ordem. Segundo Geovani, os policiais teriam se aproximado e dito “Levanta. Pega as suas coisas. É a polícia! É a polícia! Pega as suas coisas, que vocês vão ser levados para um abrigo, porque vocês são morador de rua”, ao que ele teria respondido “Eu não preciso de abrigo. Poxa, estava aqui tirando um sono, que eu sou ambulante, trabalho vendendo cerveja. Então, estava aqui descansando. Eu não preciso de abrigo”. No entanto, a resposta do policial teria sido: “Entra dentro do carro”, razão pela qual Geovani teria entrado na *van* da Operação Choque de Ordem⁴² temeroso de uma possível agressão. Uma vez dentro do veículo, Geovani e Ana Cláudia não foram levados a um abrigo, mas sim à 13ª Delegacia de Polícia em Copacabana, onde acabaram sendo liberados. Nas palavras de Geovani: “Graças a Deus eu não tenho problema com a polícia. Aí eles me liberaram”.⁴³

Relatos como o de Marcelo e o do casal Geovani e Ana Cláudia fornecem indícios de que as abordagens do Choque de Ordem não se destinam ao encaminhamento dos moradores de rua a abrigos, mas sim à sua simples remoção das ruas da cidade. Nas palavras de Ana Cláudia: “Eles estão priorizando o bairro de Copacabana. Eles não estão priorizando o ser humano”. Além disso, a oportunidade parece estar sendo aproveitada para se verificar a existência de eventuais mandados de prisão expedidos contra essas pessoas e ainda não cumpridos, o que poderia explicar as cifras obtidas em um levantamento realizado pela própria SEOP acerca das ações do Choque de Ordem. Referido levantamento registrou, no período de janeiro de 2009 a fevereiro de 2010, 17.556 ações do Choque de Ordem envolvendo moradores de rua, sendo que 1.106 dessas ações resultaram na prisão do indivíduo abordado.⁴⁴

⁴² A título de curiosidade, a *van* do Choque de Ordem que recolheu Geovani e Ana Cláudia carregava a inscrição “Operação Bacana” na lataria. **Choque de Ordem = Abuso de autoridade do Eduardo Paes sinônimo de segregação social.** Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=iTKmn0_y1-8&feature=youtu.be>. Acesso em: 18 maio 2011, 18h12min.

⁴³ **Choque de Ordem = Abuso de autoridade do Eduardo Paes sinônimo de segregação social.** Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=iTKmn0_y1-8&feature=youtu.be>. Acesso em: 18 maio 2011, 18h12min.

⁴⁴ Dados constantes da tabela “Indicador: Ações junto à população de rua” da Proposta para um Plano Municipal de Ordem Pública. PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Especial da Ordem Pública. **Proposta para um plano municipal de ordem pública: diagnóstico e proposições.** Rio de Janeiro, mar. 2010. p. 27.

Não bastasse a condução forçada à delegacia, algumas vezes, as abordagens do Choque de Ordem culminam com a “desova” dos moradores de rua em locais distantes do centro, conforme relatou João Batista N. F. ao jornal *O Trecheiro*:

Da última vez que levou a gente foi num micro-ônibus da polícia. Chegamos na favela do Antares às quatro horas da manhã e os traficantes estavam esperando para matar todo mundo. A sorte é que o ônibus não entrou, mas fizeram a gente andar em fila para dentro da favela. Quando o chefe da favela viu a gente falou que a gente era louco porque se o ônibus entrasse na favela àquela hora iria morrer um por um.⁴⁵

Diante do exposto, verifica-se que, mais do que a utilização do conceito de incivilidade, as “políticas de enxotamento” também possuem em comum com a teoria das janelas quebradas o seu caráter altamente repressivo.

8 “POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO” COMO REPRESSÃO: UMA ESPÉCIE DE “TIPO DE AUTOR” APLICADA FORA DO SISTEMA PENAL

Embora o conceito de incivilidade, em geral, pressuponha uma conduta, há casos em que ela é dispensável. Nos “enxotamentos”, por exemplo, é indiferente se o morador de rua dorme na calçada ou no banco da praça, se pede esmola ou simplesmente vaga pelas ruas. A mera presença do morador de rua é suficiente para gerar incômodo na população, pois o que não se tolera não é a forma de agir, mas a forma de ser do morador de rua, a própria condição de morador de rua.

As tentativas de vincular os “enxotamentos” às ações do indivíduo, por sua vez, não passam de uma forma indireta de atribuir o caráter de incivilidade à condição de morador de rua. Isso porque o resultado da seleção dessas condutas é uma verdadeira descrição do indivíduo que mora na rua a partir de seu comportamento.

Dessa forma, verifica-se que as “políticas de enxotamento” identificam no indivíduo morador de rua uma incivilidade à semelhança do que faz o “tipo de autor” ao criminalizar a condição do indivíduo ao invés de sua conduta. Segundo Luigi Ferrajoli, o “tipo de autor” não preveria uma ação, tampouco uma

⁴⁵ COSTA, Alderon. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. *O Trecheiro*, São Paulo: julho, ano XIX, n. 189, 2010. p. 1.

ofensa, criminalizando não o ato, mas a forma de ser do indivíduo. Nas palavras do autor:

Substancialismo e subjetivismo [...] alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado *tipo de autor*, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente "sem ação" e "sem fato ofensivo". A lei, neste caso, não proíbe nem regula comportamentos, senão configura status subjetivos diretamente incrimináveis: não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conformes ou contrárias. Está claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias penais e processuais resultam neutralizadas. Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal.⁴⁶

O "tipo de autor", no entanto, diferentemente das "políticas de enxotamento", depende de previsão legal. Encontra-se, portanto, inserido na esfera de atuação do sistema penal e legitimado pela Ideologia da Defesa Social. Já as "políticas de enxotamento" operam fora do sistema penal, identificando o perigo não no indivíduo que já delinuiu, mas naquele de quem se espera um delito. Utiliza-se, portanto, da noção de risco social em uma espécie de prolongamento da Defesa Social para momento anterior ao cometimento do delito.

9 DEFESA SOCIAL VERSUS RISCO SOCIAL

A Ideologia da Defesa Social, segundo Alessandro Baratta, seria um conjunto de ideias legitimadoras do sistema penal como instrumento necessário ao exercício do poder de punir do Estado. Segundo o autor, tal ideologia seria estruturada em torno de seis princípios: (1) princípio de legitimidade; (2) princípio do bem e do mal; (3) princípio da culpabilidade; (4) princípio da finalidade ou

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 98.

da prevenção; (5) princípio de igualdade; e (6) princípio do interesse social e do delito natural.⁴⁷

O primeiro princípio (da legitimidade) conferiria ao Estado, como instituição representativa da sociedade, legitimidade para, em nome dela, reprimir as condutas desviantes. O segundo princípio (do bem e do mal) estabeleceria uma relação polarizada entre sociedade e crime, colocando em um extremo a sociedade, caracterizada como o bem, e no outro, o crime, como o mal. O terceiro princípio (da culpabilidade) atribuiria a reprovabilidade da conduta criminosa ao fato de ela ser contrária aos valores da sociedade. O quarto princípio (da finalidade ou da prevenção) descreveria as funções da pena, responsável não apenas por retribuir o mal causado à sociedade, mas também por preveni-la da criminalidade, uma vez que desestimularia práticas criminosas e ressocializaria o indivíduo. O quinto princípio (da igualdade) apregoaria a igualdade na aplicação da lei penal, reprimindo as condutas criminosas sem distinção quanto ao autor do delito. Já o sexto princípio (do interesse social e do delito natural) atribuiria à norma penal a função de tutelar direitos naturais conteúdo de interesse comum a todos os indivíduos integrantes da sociedade.⁴⁸ Assim, verifica-se que a Ideologia da Defesa Social se presta a legitimar a ação repressiva do Estado sobre o indivíduo que já delinuiu.

A noção de risco social, por sua vez, embora também legitime a repressão do indivíduo, tem como destinatário aquele que ainda não delinuiu, o delincente em potencial. O risco social, portanto, prescinde de previsão legal, operando apenas com o perigo identificado em determinados grupos sociais. A ausência de critérios objetivos que orientem a seleção desses indivíduos foi criticada por Luigi Ferrajoli. Segundo o autor: “[...] o juízo, ao estar desvinculado de qualquer condição objetiva preexistente e informado por meros critérios de discricionariedade administrativa, degenera em procedimento policial de estigmatização moral, política ou social”⁴⁹

⁴⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 41-46.

⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 42-43.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 100.

A seletividade das práticas que se orientam a partir da noção de risco social também foi alvo de crítica por parte de João Ricardo W. Dornelles, que evidenciou que os indivíduos selecionados tendem a ser os mais pobres. Segundo o autor são: "[...] pessoas pertencentes aos grupos sociais "perigosos", "vulneráveis" ou "vulnerados", suspeitos de fomentar a desordem social. São transgressores em potencial pelo simples fato de pertencerem às classes sociais subalternas ou aos grupos "vulneráveis" da sociedade.⁵⁰

Dessa forma, verifica-se que o risco social representado pelos grupos de indivíduos selecionados, dentre eles os moradores de rua, refere-se não só ao perigo do delito, mas também à desordem social, pois esta, conforme já afirmavam os teóricos das janelas quebradas, também contribui para o sentimento de insegurança da sociedade. Assim, verifica-se que as "políticas de enxotamento" destinam-se mais que prevenir a criminalidade, a preservar a ordem social. Contudo, em uma sociedade como a brasileira, marcada pela desigualdade, a preservação da ordem vigente implica também na preservação das chamadas "fronteiras sociais".

10 A "PLASTICIDADE" DA VIDA CONTEMPORÂNEA E A BUSCA PELA PRESERVAÇÃO DAS "FRONTEIRAS SOCIAIS"

A expressão "fronteiras sociais" pode ser encontrada no livro "Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo" de Teresa Pires do Rio Caldeira. Embora a autora não tenha se dedicado a explicar o que, de fato, são as "fronteiras sociais", o uso que fez da expressão permite ao leitor inferir que elas sejam os limites que separam um grupo social do outro.⁵¹ Elas delimitam a segregação entre os grupos, evidenciando as desigualdades sociais. Apesar de ser possível vislumbrá-las também na forma de barreiras físicas, como cercas, muros e portões que não se abrem para o indivíduo pobre, as "fronteiras sociais" podem ser identificadas em aspectos mais tênues da vida cotidiana, como a distinção dos indivíduos quanto à forma de se vestir, ao trabalho que exercem, ao local onde moram, aos locais que frequentam etc. Tais aspectos orientam uma noção de ordem que permite aferir se determinado fato encontra-se ou não de acordo

⁵⁰ DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança**: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 42.

⁵¹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 75.

com as regras. Por exemplo, vai de encontro à ordem da sociedade brasileira contemporânea que uma empregada doméstica use roupas da mesma marca que as de sua patroa. Um fato como esse é fator de insegurança social. Isso porque, em geral, ele pode significar duas coisas: ou o poder aquisitivo da empregada está aumentando, ou o poder aquisitivo da patroa é que está diminuindo. A crença de que a segunda é mais provável faz nascer na mente do indivíduo o medo da perda de seu *status* social. Tal medo, Vera Malaguti Batista atribui à “plasticidade” da vida nas sociedades capitalistas contemporâneas.⁵²

No entanto, para compreender essa “plasticidade”, é preciso antes conhecer um conceito de ordem utilizado por Zygmunt Bauman. Segundo o autor:

“Ordem” significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis. Só um meio como esse nós realmente entendemos. Só nessas circunstâncias [...] podemos realmente “saber como prosseguir”. Só aí podemos selecionar apropriadamente os nossos atos – isto é, com uma razoável esperança de que os resultados que temos em mente serão de fato atingidos. Só aí podemos confiar nos hábitos e expectativas que adquirimos no decorrer de nossa existência no mundo. Nós, humanos, somos dotados de memória e de uma capacidade de aprender; por esse motivo, conferimos benefícios a uma “boa organização” do mundo. Habilidades aprendidas para a ação constituem poderosos bens num mundo estável e previsível; tornar-se-iam completamente suicidas, todavia, se os acontecimentos viessem de súbito a se desviar das seqüências causais, desafiando assim toda previsão e tomando-nos de surpresa.⁵³

Contudo, essa previsibilidade não existe no mundo atual. Trata-se de um mundo de possibilidades, tanto positivas quanto negativas, o que acaba por gerar um ambiente de grande incerteza. Isso porque, a mesma “solidariedade orgâni-

⁵² MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 15-16.

ca"⁵⁴ e o individualismo que estimulam a diversidade entre os indivíduos permitem a sua exclusão, como ocorre com os moradores de rua; prova de que a exclusão também é uma possibilidade, o que provoca medo e insegurança naqueles que ainda se mantêm incluídos na sociedade. Essa característica de incerteza e maleabilidade da vida contemporânea que pode ser facilmente transformada é o que Vera Malaguti Batista chamou de "plasticidade". Segundo a autora:

Se as previsões apontam para que apenas 20% da força de trabalho do mundo possa mover a economia, o que fazer com os 80% de "economicamente supérfluos"? Este movimento faz com que a vida contemporânea tenha um caráter de plasticidade, faz com que as identidades sejam transitórias, e faz com que todos se sintam de uma forma ou de outra, deslocados ou excluídos, estejam em que lado estiverem das grades urbanas. Este quadro faz com que a segurança seja a maior reivindicação política [...].⁵⁵

Dessa forma, verifica-se que as reivindicações da sociedade por segurança orientam-se principalmente no sentido de restabelecimento da ordem. No entanto, considerando que a ordem vigente na sociedade brasileira contemporânea se estrutura em torno de desigualdades sociais, a preservação da ordem requer a preservação também das "fronteiras sociais". Consequência disso é a caracterização de eventuais transposições dessas fronteiras como desordens. É o que acontece com os moradores de rua em meio às "políticas de enxotamento".

11 "POLÍTICAS DE ENXOTAMENTO" COMO "POLICIAMENTO DE FRONTEIRAS SOCIAIS"

Muitos dos locais apurados pela Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua como sendo os locais onde os moradores de rua costumam se instalar são também áreas originalmente destinadas ao uso pelos indivíduos socialmente incluídos, seja para o lazer (parques e praças), seja para o mero deslo-

⁵⁴ COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1997, p. 63-64.

⁵⁵ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

camento (calçadas, rodovias e viadutos).⁵⁶ A ocupação dessas áreas pelos moradores de rua acaba provocando o encontro de dois grupos distintos, incluídos e excluídos, que passam a ter de compartilhar o espaço. Essa proximidade é uma clara infração à ordem social vigente, uma vez que os moradores de rua cruzaram a fronteira que os separava da sociedade e insistem em ocupar os espaços urbanos a ela destinados. Contudo, mais que o desconforto da ordem infringida, essa proximidade faz nascer no indivíduo o medo da perda de seu *status* social. Esse medo se manifesta como o “medo de misturar-se”, a “mixofobia”.⁵⁷

Partindo do pressuposto de que o perigo está na proximidade, nada mais lógico que a solução apresentada seja o restabelecimento da distância entre os dois grupos, tornando novamente visíveis as “fronteiras sociais” que os separaram. Nesse sentido é que Teresa Pires do Rio Caldeira fala em “policiamento de fronteiras sociais”,⁵⁸ medidas que se destinam a preservar as “fronteiras sociais” quando ameaçadas pelas incertezas da vida contemporânea. Segundo a autora, “[...] a proximidade leva ao refinamento das separações para que a percepção de diferença seja mantida”⁵⁹ e “[...] uma das maneiras de fazer isso é elaborar preconceitos e marcas de distinção”.⁶⁰ No caso dos moradores de rua, tais preconceitos e marcas se concretizam na forma das etiquetas de perigoso e desordeiro que são atribuídas ao grupo. No entanto, essas etiquetas não encontram um fim em si mesmas. Elas se prestam a justificar as “políticas de enxotamento” de moradores de rua, uma maneira concreta de restabelecer a distância entre os grupos.

Empregando a visão de Vera Malaguti Batista sobre o assunto ao caso específico dos moradores de rua, seria possível dizer que o radicalismo das “políticas de enxotamento” se deve à grande proximidade (indesejada) entre os grupos,

⁵⁶ A Pesquisa Nacional sobre a População em situação de Rua apurou que os moradores de rua podem ser encontrados nos seguintes locais: “[...] calçadas, praças, rodovias, parques, viadutos, postos de gasolina, praias, barcos, túneis, depósitos e prédios abandonados, becos, lixões, ferro-velho ou pernoitando em instituições (albergues, casas de passagem e de apoio e igrejas)” BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCF, abr. 2008, p. 6.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009, p. 43.

⁵⁸ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 75.

⁵⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 75.

⁶⁰ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 75.

pois, segundo a autora, "[...] quanto mais difusas as fronteiras, maior o medo".⁶¹ Curiosamente, o medo da sociedade ao enxotar os moradores de rua é o medo da perda do *status* social, o medo da exclusão, o medo de compartilhar da situação de insegurança vivenciada por eles.

12 MEDO DO MORADOR DE RUA *VERSUS* MEDO DA SOCIEDADE

Embora a figura do morador de rua habite o "imaginário do medo"⁶² da sociedade, há de se levar em conta que o indivíduo morador de rua também sente medo. Conforme explica Sérgio Carvalho Borges, coordenador do Movimento Aquarela da População de Rua no Rio Grande do Sul, articulador regional sul do Movimento Nacional da População de Rua (eixo Porto Alegre - Curitiba) e morador de rua há 12 anos em Porto Alegre, o primeiro elemento causador de medo apontado pelos moradores de rua é, de fato, a violência policial. Esse temor, no entanto, é algo rotineiro, algo com que o morador de rua já está acostumado a lidar. "É uma situação que ele [morador de rua] enfrenta e que ele encara como uma coisa que já é cotidiana". Sérgio esclarece que o verdadeiro medo do morador de rua é se ver sozinho, deixado à própria sorte sem "[...] ninguém que o ajude, que dê um apoio para ele se reerguer". Segundo Sérgio, o indivíduo que é excluído e acaba indo viver na rua tem consciência de que não é capaz de se reinserir na sociedade por conta própria. Ele sabe que precisa de ajuda.⁶³ Por essa razão, as constantes negativas da sociedade em recebê-lo de volta e as práticas que acentuam ainda mais a exclusão, das quais são exemplo os "enxotamentos", repercutem de forma extremamente negativa na mente do morador de rua. O indivíduo que é enxotado e experimenta o não reconhecimento de forma constante começa a perder a esperança de que a reinserção ainda seja uma possibilidade.⁶⁴

⁶¹ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 86.

⁶² AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011. 19h31min.

⁶³ MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. **Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 26 ago. 2010.

⁶⁴ O jornal "O Trecheiro", de agosto de 2010 registrou o desabafo de Michael Ferreira, morador de rua em Curitiba, sobre a sua experiência de não reconhecimento. Segundo Michael, "Você não é considerado pelo próprio conterrâneo como um ser humano. Você abre a boca para pedir um pão, não te olham nem na cara. Eu acho que eles pensam que quem está na rua é lixo." VIANA, Fabiano. Em Curitiba, "Nem olham na sua cara". **O Trecheiro**, São Paulo: agosto, ano XIX, n. 190, 2010, p. 1

Contudo, apesar da exclusão e vulnerabilidade dessas pessoas, a sociedade insiste em rotulá-las como perigosas. Não se trata, na verdade, de um temor com relação ao morador de rua propriamente dito. Trata-se, sim, do resultado de um processo de segregação dos indivíduos a partir da elaboração de marcas que permitem distingui-los dos demais, uma estratégia que visa tornar novamente visíveis as “fronteiras sociais” que separam incluídos de excluídos. O verdadeiro medo da sociedade repousa na própria insegurança dos moradores de rua. Enquanto um indivíduo puder ser rotulado como perigoso porque passa fome, o que o torna uma pessoa desesperada, capaz de cometer atos de violência para obter o dinheiro de que necessita, mesmo aqueles que não compartilham de sua condição de exclusão não se sentirão seguros. Isso porque, conforme esclarece Ana Paula Miranda no documentário “Território e violência”, não pode haver segurança para alguns enquanto não houver segurança para todos.⁶⁵

Uma afirmação como essa não é de difícil compreensão. Contudo, a sociedade não parece levá-la em consideração quando opta por práticas altamente repressivas, como os “enxotamentos”, como medida de segurança pública. Conforme se verifica a partir dos exemplos de “enxotamento” apresentados neste trabalho, é inegável o agravamento da situação de insegurança que tais práticas causam aos moradores de rua. Nesse sentido, pouco coerente é a estratégia de segurança que causa insegurança.

13 A INCOERÊNCIA DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA QUE GERAM INSEGURANÇA

Embora o medo se intensifique com a aproximação espacial dos moradores de rua com relação aos indivíduos socialmente incluídos, a insegurança de ambos não deixa de existir com o mero distanciamento dos grupos. À primeira vista, a situação de temor provocada pela presença dos moradores de rua em áreas tão próximas do convívio social dos incluídos até parece poder ser controlada com o simples restabelecimento da distância entre eles, com a demarcação das “fronteiras sociais”. Contudo, expulsar os excluídos dos centros urbanos, longe de solucionar o problema da falta de segurança, apenas o agrava.

⁶⁵ MIRANDA, Ana Paula. In: RODRIGUES, Rute Imanishi; Patrícia Rivero. **Território e violência**. Suplemento da pesquisa: "Indicadores de proteção e risco para a instrumentação de políticas públicas em favelas". Rio de Janeiro: IPEA/FAPERJ, 2009.

Considerando que a insegurança dos moradores de rua é também fator gerador de insegurança para a sociedade, políticas como as de "enxotamento" estão fadadas ao fracasso em sua proposta de segurança pública, seja qual for a vertente em que se queira inseri-las, preventiva ou repressiva. Isso porque não é razoável pretender solucionar um problema quando o que se faz é justamente fortalecer a sua causa. Em outras palavras, não é razoável pretender a segurança da sociedade quando se gera insegurança aos moradores de rua.

Apesar de, conforme verificado no curso deste trabalho, o sentimento de insegurança da sociedade guardar um forte laço com a noção de ordem, vincular o conceito de segurança à mera garantia da ordem é limitá-lo demasiadamente, transformando-o em um instrumento de controle a serviço de alguns, aqueles que se dizem "cidadãos", "pessoas de bem", e lançando-o sobre os indivíduos ditos perigoso. Como alternativa a esse conceito, Alessandro Baratta apresenta uma ideia de segurança trabalhada em alguns países da Europa, a segurança como garantia de direitos.⁶⁶

14 SEGURANÇA COMO GARANTIA DE DIREITOS

Para tratar da segurança, Alessandro Baratta, assim como fez Vera Malaguti Batista, utilizou-se da noção de certeza. Contudo, enquanto a autora se limitou a relacionar o sentimento de insegurança da sociedade à incerteza do mundo atual,⁶⁷ Baratta foi um pouco mais adiante e disse que a segurança estaria relacionada à "certeza da satisfação de necessidades" dos indivíduos, necessidades estas que, segundo o autor, seriam expressas no mundo jurídico na forma de direitos.⁶⁸ Assim, considerando que a insegurança advém da incerteza, e que a segurança, por sua vez, depende da certeza da satisfação de direitos, conclusão lógica é que, para haver segurança, deve haver a garantia da satisfação dos direitos de todos, já que, conforme destacou Ana Paula Miranda, não é possível a segurança de alguns enquanto não houver a segurança de todos.⁶⁹ Por essa razão,

⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **O conceito de segurança na Europa**. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

⁶⁷ MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **O conceito de segurança na Europa**. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

⁶⁹ MIRANDA, Ana Paula. In: RODRIGUES, Rute Imanishi; Patrícia Rivero. **Território e violência**. Suplemento da pesquisa: "Indicadores de proteção e risco para a instrumentação de políticas públicas em favelas". Rio de Janeiro: IPEA/FAPERJ, 2009.

Alessandro Baratta propôs que uma política de segurança deveria ser uma “[...] uma política integral de proteção e satisfação de todos os direitos humanos e fundamentais”.

Diante disso, não é necessário grande esforço para concluir que as “políticas de enxotamento” de moradores de rua não se inserem nesse conceito. Referidas políticas estariam mais bem enquadradas entre aquelas que se orientam segundo o modelo que Baratta chamou de “direito à segurança”, em oposição ao modelo de “segurança dos direitos” anteriormente apresentado. Segundo o autor, o modelo de “direito à segurança” seria resultado de uma visão da própria segurança como um direito:

Em efeito, ou uma construção assim é supérflua, se significa a legítima demanda de todos os direitos para todos os indivíduos (neste caso, antes de “direito à segurança” será mais correto falar em “segurança dos direitos”, ou de “direito aos direitos”) ou é ideológica, se implica a seleção de alguns direitos de grupos privilegiados e uma prioridade de ação do aparato administrativo e judicial em seu favor e, ao mesmo tempo, limitação aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e nas Convenções Internacionais.⁷⁰

Dessa forma, verifica-se que, caso o “direito à segurança” fosse supérfluo, estaria mais bem colocado como “segurança dos direitos”. Do contrário, seria uma construção ideológica em que apenas alguns direitos de alguns grupos seriam selecionados para compor a chamada segurança. O resultado disso seria um sistema que, ao mesmo tempo em que gera insegurança, alimenta-se dela.⁷¹ Assim são as “políticas de enxotamento”, pois elas partem da insegurança da sociedade, sua justificativa, geram insegurança aos moradores de rua e, retornam ao início gerando insegurança para a sociedade.

Políticas como as de “enxotamento”, orientadas segundo o modelo de “direito à segurança”, jamais alcançarão a segurança entendida como a situação em que todos terão a certeza da satisfação de seus direitos. É necessário substituí-las por políticas voltadas para a garantia de direitos, buscando sempre a aproximação do ideal da proteção integral.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro. **O conceito de segurança na Europa**. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. **O conceito de segurança na Europa**. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

CONCLUSÃO

No curso deste trabalho, foi possível conhecer em que consistem as "políticas de enxotamento" de moradores de rua e como elas se estruturam em torno de etiquetas negativas, como a de perigoso e a de desordeiro, atribuídas a eles. Tais etiquetas configuram elemento essencial ao aparato ideológico que busca legitimar as "políticas de enxotamento" como estratégia de segurança pública. Isso porque permitem identificar nos moradores de rua um fator de insegurança para a sociedade.

Em meio à proposta de segurança pública das "políticas de enxotamento", analisamos o caráter de prevenção situacional dessas políticas. Constatamos, no entanto, a partir da análise de exemplos concretos de "enxotamentos", que a ideia que a princípio se mostra como preventiva é, na realidade, extremamente repressiva. Nesse ponto, expusemos ao leitor como vertentes aparentemente opostas como a prevenção situacional (preventiva) e a teoria das janelas quebradas (repressiva) podem coincidir ao identificarem nos grupos de indivíduos mais pobres um atributo negativo do espaço das cidades.

Aprofundando um pouco mais o estudo das "políticas de enxotamento" como medida de segurança pública, deparamo-nos com o fator do risco social que legitima a repressão dos moradores de rua mesmo sem a comprovação do cometimento de um delito, fator esse fundado essencialmente na noção de ordem. Encontramos, nesse ponto, a peça mais basilar na estruturação das "políticas de enxotamento": a ordem. A partir daí, pudemos vislumbrar o verdadeiro objetivo dessas políticas, qual seja a preservação da ordem, e identificar com clareza as suas implicações. Dado o contexto de desigualdade da sociedade brasileira, preservar a ordem em um país como o nosso significa preservar as chamadas "fronteiras sociais", a segregação entre os grupos. Trata-se do simples fato de manter incluídos aqueles que se encontram incluídos e excluídos aqueles que se encontram excluídos.

Contudo, tendo em vista que a insegurança da sociedade provém da própria insegurança vivenciada pelos excluídos, dentre eles os moradores de rua, verifica-se que as "políticas de enxotamento", ao preservarem a exclusão, alimentam a insegurança que as motivou e que pretendiam solucionar. Assim, as "políticas de enxotamento", como medida de segurança pública, revelam-se absolutamente incapazes de alcançar seu objetivo. Por essa razão, propomos a substitui-

ção do conceito de segurança pública, orientado a partir da noção de ordem do qual se utilizam as “políticas de enxotamento”, pelo conceito de segurança como garantia de direitos. O objetivo dessa proposta é quebrar o ciclo de insegurança propagado pelas “políticas de enxotamento” garantindo direitos aos moradores de rua em lugar de enxotá-los, para que eles deixem de ser vistos como um fator de insegurança para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUSO DE AUTORIDADE. **Fantástico**, Rio de Janeiro, 22 out. 2006. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,MUL696150-15605,00.html>>. Acesso em: 25 maio 2011, 22h46min.

AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea**, Rio de Janeiro, ed. 14, vol. 18, n. 1, p. 34-45, jan./jul. 2010. Disponível em <<http://www.contemporanea.uerj.br/antiores/index14.html>>. Acesso em: 26 maio 2011, 19h31min.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. **O conceito de segurança na Europa**. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. Mimeo.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

BORGES, Sérgio Carvalho. **Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 24 ago. 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**: sumário executivo. Brasília: MDSCE, abr. 2008.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000.

CHOQUE DE ORDEM. **Abuso de autoridade do Eduardo Paes sinônimo de segregação social**. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=iTKmn0_y1-8&feature=youtu.be>. Acesso em: 18 maio 2011, 18h12min.

COSTA, Alderon. Após a eleição, o Brasil pode mudar? **O Trecheiro**, São Paulo: novembro, ano XIX, n. 192, 2010, p. 1.

_____. Rio de Janeiro: Fichados e de volta às ruas. **O Trecheiro**, São Paulo: julho, ano XIX, n. 189, 2010, p. 1.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1997.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais / Fundação Getúlio Vargas, 2005.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança**: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Viridiana; Sérgio Carvalho Borges. **Entrevista concedida à autora, Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 26 ago. 2010.

MAGNI, Cláudia Turra. **Nomadismo urbano**: uma etnografia sobre moradores de rua em Porto Alegre. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MESQUITA, Roberto Melo. **Gramática da Língua Portuguesa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Ana Paula. In: RODRIGUES, Rute Imanishi; Patrícia Rivero. **Território e violência**. Suplemento da pesquisa: "Indicadores de proteção e risco para a instrumentação de políticas públicas em favelas". Rio de Janeiro: IPEA/FAPERJ, 2009.

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **Choque de Ordem**. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?article-id=87137>>. Acesso em: 26 maio 2011, 00h05min.

_____. Secretaria Especial da Ordem Pública. **Proposta para um plano municipal de ordem pública**: diagnóstico e proposições. Rio de Janeiro, mar. 2010.

_____. **SEOP - Secretaria Especial da Ordem Pública**: ações da secretaria. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/exibeconteudo?article-id=152881>>. Acesso em: 26 maio 2011, 00h09min.

REDE RUA: comunicar, educar e articular cidadania. **Principal**. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.rederua.org.br/#top>>. Acesso em: 25 maio 2011, 22h44min.

RODRIGUES, Samuel. **Entrevista concedida à autora Amanda Wendt Mitani**. Brasília, 26 ago. 2010.

SEMINÁRIO ESTADUAL DA **População em Situação de Rua**, ago. 2010, Brasília/DF.

VIANA, Fabiano. Em Curitiba, “nem olham na sua cara”. **O Trecheiro**, São Paulo: agosto, ano XIX, n. 190, 2010, p. 1.

WILSON, James Q.; George L. Kelling. Broken windows. **Atlantic Magazine**. Washington, mar. 1982. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/5/>>. Acesso em: 26 maio 2011, 07h45min.

ZACKSESKI, Cristina. **Políticas integradas de segurança urbana**: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. Florianópolis. 1997. 109 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

O USO DA TECNOLOGIA NA SEGURANÇA PÚBLICA: UM ESTUDO SOBRE MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE LIBERDADE NOS SAIDÕES DE PRESOS NO DISTRITO FEDERAL

Grupo de Pesquisa Política Criminal¹

introdução

A tecnologia tem sido cada vez mais utilizada como forma de controle de espaços públicos e privados. No âmbito da elaboração e implementação de políticas de segurança, geralmente esse uso é denominado “prevenção situacional”. Esse tipo de estratégia preventiva visa tornar mais difícil a ocorrência de crimes (ou incivildades) com intervenções ambientais, como o *redesign* arquitetônico, a iluminação pública e também a ação de monitoramento de espaços e pessoas. Contudo, a prevenção situacional possui seus limites éticos, jurídicos, pois pode ferir direitos e garantias fundamentais, como aqueles referentes à imagem, à privacidade e à intimidade, além do fato de que seus resultados também são questionáveis quando não inseridos em um panorama mais amplo de ações preventivas de natureza social.² Pode acontecer, por exemplo, que o controle de uma área provoque simplesmente a transferência da criminalidade para outra área menos vigiada, o que não significa uma redução da criminalidade, e sim sua migração.

Existe no Distrito Federal uma abordagem midiática do tema que enfatiza a “necessidade” da tecnologia para a prevenção de crimes e de evasões, durante os períodos vulgarmente designados por “saidões” de presos. A criação dessa “necessidade”, por sua vez, orienta os discursos políticos e governamentais sobre as propostas de alteração das regras de gozo dos direitos previstos na Lei de

¹ O grupo de pesquisa Política Criminal é liderado pela professora Dr.^a Cristina Zackseski e se reúne mensalmente no Centro Universitário de Brasília às quintas-feiras, das 11h às 13h na sala 3020 do Bloco III. Participaram desta pesquisa: Carolina Luiza Sarkis Vieira, Edson Ferreira, Joselito Pacheco, Fábio Vasconcelos Braga, Luis Carlos Bedendo, Plínio Palma Maia, Sílvia Maria Brito Costa, Renata Porto, Jussara Polaco e Izabela Lopes Jamar. Registramos e agradecemos também o auxílio estatístico de Gabriela Soares.

² Sobre prevenção social, situacional e integrada ver ZACKESKI, Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 29. São Paulo: RT, 2000.

Execuções Penais. Além disso, os defensores do controle eletrônico da liberdade dos condenados alegam que ele representaria uma diminuição da população prisional e uma redução dos custos do sistema prisional. Nosso objetivo foi levantar dados que pudessem sustentar ou não as decisões políticas que estão sendo tomadas sobre esse tema. Foi realizado um levantamento sobre os custos desse tipo de controle e também um levantamento estatístico sobre as ocorrências criminais no período que vai de 2005 a 2008 a fim de informar melhor esta discussão. Embora apresentemos dados gerais sobre crimes desde 2000, os registros de ocorrências e evasões de presos nos períodos das saídas especiais só passaram a ser coletados a partir de 2005, e, por essa razão, a série temporal restou breve.

1 A ATUAÇÃO DA MÍDIA E OS MOVIMENTOS DE LEI E ORDEM

Os meios de comunicação – especificamente os jornais de circulação nacional – veiculam, muitas vezes de forma explícita, a ideia de que o direito de saída de presos significa uma ameaça à ordem social. Especialmente antes de feriados nos quais os presos sairão, é comum aparecerem notícias nas quais os órgãos das Secretarias de Segurança vêm assegurar e garantir “a estabilidade” social, como exemplifica o trecho que segue:

O secretário adjunto da Secretaria de Segurança Pública do DF, Pedro Cardoso, diz que não há perigo com a saída de presos. “Desde que funciona o sistema prisional, sempre tivemos o Saidão e não há aumento de criminalidade. Pode haver casos isolados, mas em geral não ocorrem. Até porque, se ele [o preso] praticar crimes, ele perde o benefício.”³

Apesar de realmente não se confirmar aumento da criminalidade nesses períodos em que ocorrem as saídas especiais, nas vésperas delas, as notícias explicitam um perigo eminente e a noção de que o saidão representa um benefício que não se sustentaria juridicamente, uma espécie de prêmio para os presos, contrariando o próprio texto da lei (vide artigos 122/125, da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal). Nesse sentido, citamos outro exemplo extraído de jornal local:

Enquanto milhares de pessoas comemoravam o Natal, seis famílias choravam por seus parentes, vítimas de crimes hediondos cometidos entre a noite de segunda-feira e a ma-

³ ALVES, Raquel. Saidão³ de presos durante o Dia das Mães não traz perigo à sociedade, diz secretário do DF. In. Agência Brasil – 13/05/2007.

nhã de ontem. Neste período, quatro pessoas foram assassinadas e duas ficaram gravemente feridas em tentativas de homicídio. Em dois casos, os crimes foram praticados por presos que ganharam o benefício do saído de fim de ano. Neste feriado, 1.500 detentos receberam o direito de passar as festas com os seus familiares⁴

Contudo, informações prestadas pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal com base nos dados da Polícia Civil – Sistema Milenium – registram exclusivamente esses quatro homicídios mencionados pelo Jornal de Brasília para o período daquele saído. Uma análise estatística mostra que esse índice está abaixo da média dos homicídios registrados para o período analisado.⁵

Gráfico 1 – Comparativo de ocorrências criminais nos finais de semana anteriores e posteriores às saídas especiais:



Podemos dizer, então, que a mídia, muitas vezes, apresenta informações que estão em descompasso com as estatísticas, como demonstraremos a seguir. Não é à toa, portanto, a relação existente entre mídia e Movimentos de Lei e Ordem, que são justamente os que se utilizam desses canais de comunicação e formação de opinião para alardearem cada vez mais propostas repressivas com discursos fáceis que, normalmente, apontam para a necessidade de mais repressão. Após cada saída, os jornais divulgam as informações a respeito do número de presos que retornaram e/ou das ocorrências criminais registradas no período

⁴ SCAVACINI, Fernanda; BARROS, Sílvia. Natal violento: Saída para cometer crimes. In: **Jornal de Brasília** – 26/12/2007.

⁵ A média de homicídios do período que compreende os quatro finais de semana de dezembro e os quatro finais de semana de janeiro daquele ano de 2007 foi de 1,4 por dia e 4,3 em 3 dias, sendo inferior à média diária dos homicídios nos períodos analisados, que foi de 1,7 por dia e 5 a cada três dias, e inferior também aos 1,7 homicídios por dia e 5 a cada três dias considerando-se somente os Natais dos períodos analisados.

e, de uma maneira geral, há sempre baixos índices de foragidos e poucos eventos criminais relacionados aos presos, sendo flagrante inclusive a posição de vítima deles quando ocorre e é registrada alguma violência.

O balanço geral do último “saídaão” terminou com um saldo de 22 presos foragidos, de um total de 1.421 que tiveram o direito de passar o último final de semana fora da prisão no Distrito Federal. O número de internos que não regressou às penitenciárias é inferior ao obtido no “saídaão” anterior, no Dia dos Pais, quando 26 dos 1.520 internos beneficiados não retornaram. [...] Segundo o subsecretário do sistema penitenciário do Distrito Federal, Anderson Spíndola, as ocorrências mais graves registradas durante o “saídaão” foram o assassinato de um interno e a prisão de um dos detentos com drogas⁶

A partir de uma impressão geral de descontrole sobre o movimento dos presos nas saídas especiais, o monitoramento eletrônico é justificado como um instrumento de contenção desse perigo divulgado pela mídia. Ao retratar esse direito como um desajuste social e jurídico, a mídia vai buscar formas de apaziguá-lo, de restringir o “benefício” a partir da ideia de monitoramento eletrônico. Contrariando os dados divulgados e as declarações de autoridades de segurança pública, a ideia veiculada é justamente a de que o condenado em regime semiaberto não é um sujeito capaz de viver em sociedade, de se “automonitorar”, enfim de exercer, como indivíduo autônomo, um estado de liberdade, mesmo que temporário:

Mesmo comemorando o resultado do último Saídaão dos detentos do DF, o subsecretário do Sistema Penitenciário, Anderson Espíndola, anunciou um projeto que procura melhorar o monitoramento dos presidiários beneficiados pelas saídas garantidas por lei. A proposta é utilizar tornozeleiras eletrônicas com sistema de localização naqueles que se encontram em regime semi-aberto e nos que possuem direito de visitar as famílias em datas comemorativas especiais.

⁶ G1 No DF, 22 presos não voltaram do último ‘saídaão’. – 23/10/2007.

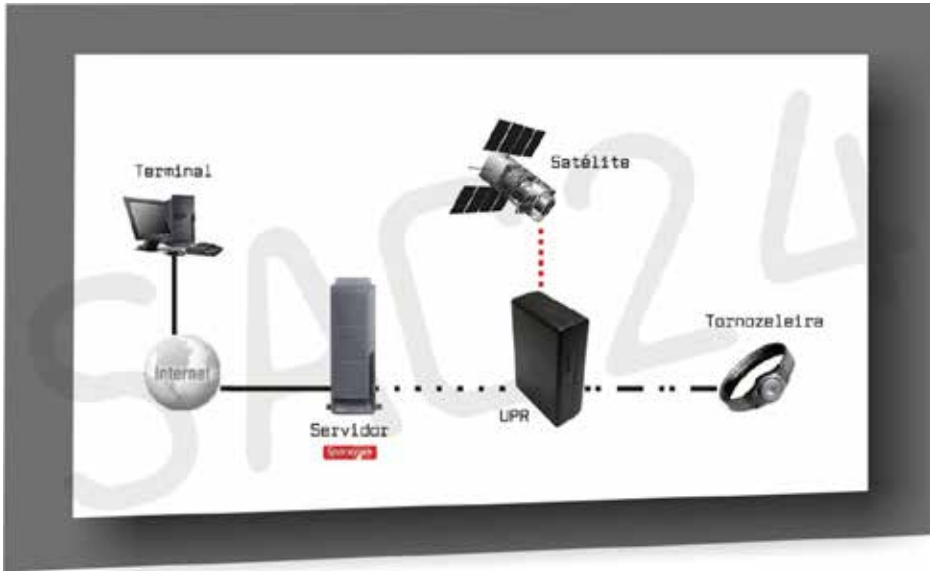
O investimento no projeto ajudará a aumentar a vigilância sobre os condenados com direito a sair da prisão por algumas horas. Com o monitoramento por GPS será possível acompanhar todos os passos deles durante o período em que não estão sob os olhos dos agentes penitenciários. Com isso, o governo espera diminuir o número de crimes cometidos por presidiários. O DF já conta com o menor índice nacional de reincidência criminal, 23%. Segundo dados da Sesipe, a média nacional é de 80%.

O sistema é utilizado em países da Europa, na Austrália e nos Estados Unidos. Segundo Espíndola, o GDF já recebeu de algumas propostas técnicas para implantação.⁷

Assim é que são abertos espaços para o surgimento de propostas de implantação dos controles eletrônicos. A engenheira cartógrafa Agatha Branco, editora da Revista InfoGPS, em texto publicado no site da empresa na Internet, descreve o sistema de monitoramento eletrônico desenvolvido pela empresa curitibana Spacecom Comunicações e Tecnologia. Segundo ela, a Spacecom é parceira do Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento (Lactec) e desenvolveu o Sistema de Acompanhamento de Custódia (SAC24) tendo apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), uma vez que a Lactec é instituição de ensino. Segundo Sávio Bloomfield, diretor da Spacecom, “[...] o equipamento já foi testado no Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, onde os resultados obtidos foram considerados positivos”.⁸ A ilustração e a descrição que seguem podem dar uma noção melhor do seu funcionamento.

⁷ NÉRI, Felipe. Projeto pretende monitoramento de presos. In: **Tribuna do Brasil** – 27/03/2008.

⁸ BRANCO, Agatha. **Algemado à tecnologia**. Disponível em: <http://infogpsonline.uol.com.br/revistas-interna.php?id_noticia=8206> Acesso em: 03 ago. 2008.



A figura acima demonstra o funcionamento do SAC24. Para isso, o apenado deve usar 24 horas a tornozeleira junto com a Unidade Portátil de Rastreamento - UPR. Esses dispositivos se comunicam através de rádio frequência e informações criptografadas. A UPR permite que o apenado seja rastreado por satélite, fornecendo dados sobre o seu posicionamento. As informações capturadas pela UPR são transmitidas para o servidor Spacecom via GPRS e disponibilizadas via interface WEB. Com isso, a instituição tem acesso aos dados de qualquer terminal conectado a Internet, em tempo real.⁹

Em outro documento, também disponível na Internet, o Monitoramento Eletrônico de Presos (MEP) é assim descrito:

O MEP pode ser usado de variadas formas e em diferentes situações. Ele pode representar uma sentença de modo isolado ou um meio administrativo para implementar uma sentença específica. Pode representar uma alternativa à pena privativa de liberdade ou um modo de livrar prisioneiros (as) do encarceramento antes do fim da sentença.

Via de regra, os indivíduos elegíveis e interessados em participar dos programas de MEP passam por uma avaliação de risco e, caso logrem êxito, são monitorados via radiofrequência, GSM ou GPS, a depender da tecnologia utilizada, mediante dispositivos acoplados ao seu corpo (pulso ou tornozelo), os quais se comunicam com centrais de monitoramento. Essa central de monitoramento pode, portanto, asseverar se os indivíduos cumprem os requisitos espaciais, temporais e fisiológicos impostos previamente, i.e., se per-

⁹ Disponível em: <<http://www.spacecom.com.br/portugues/produtos/sac24.html>>. Acesso em: 03 ago. 2008.

maneceram em casa durante determinado horário, se ingeriram bebidas alcoólicas, se evitaram frequentar bares, se estão prestando os serviços comunitários ou se permaneceram distantes de eventuais vítimas.¹⁰

No entanto, em nenhum momento são discutidos na mídia os custos financeiros e sociais desse projeto, destacando-se unicamente o sentido disciplinar da medida. Raramente se observa algum questionamento sobre as condições éticas, sociais e jurídicas envolvidas na ideia de monitoramento de indivíduos.

Quem cuida do planejamento para a implantação do sistema é a Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (Sejus). “Já estamos recebendo propostas de empresas, estudando os resultados em outros países e planejando o modo de funcionamento aqui no DF”, informou o secretário Raimundo Ribeiro. Pessoas ligadas a ele dizem que a ideia é adotar o dispositivo ainda este ano, de preferência no saidão do Dia dos Pais.

Ribeiro não confirma a data. “Temos pressa, mas ainda não dá para fixar um dia. Quando tivermos o quadro completo, vamos apresentá-lo ao governador José Roberto Arruda, que vai tomar a decisão”, explicou. **“Essa é uma experiência nova que deve ser testada. A sociedade não suporta mais os crimes que vêm sendo cometidos pelos detentos beneficiados pelo saidão”**, comentou o governador ontem à noite, durante cerimônia de inauguração de obras em Sobradinho. [grifos nossos].¹¹

Este, todavia, não foi o único eixo da pesquisa. Nossa aproximação com os dados do Distrito Federal foi orientada pela seguinte hipótese: o índice de delitos cometidos por presos nesses períodos e as evasões são estatisticamente irrelevantes e, por isso, propostas como as estudadas são orientadas pela alta rentabilidade para as empresas que forneceriam tal tecnologia. Mais do que isso: a abertura do sistema carcerário do Distrito Federal para os “estímulos privados” constitui mais uma face da expansão do controle penal na capital do Brasil.

¹⁰ REIS, Fabio A. S. Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as): breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca. In: III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO, 2004, Salvador. **Anais do III CIBERCON**. Salvador, BA: IBDI.

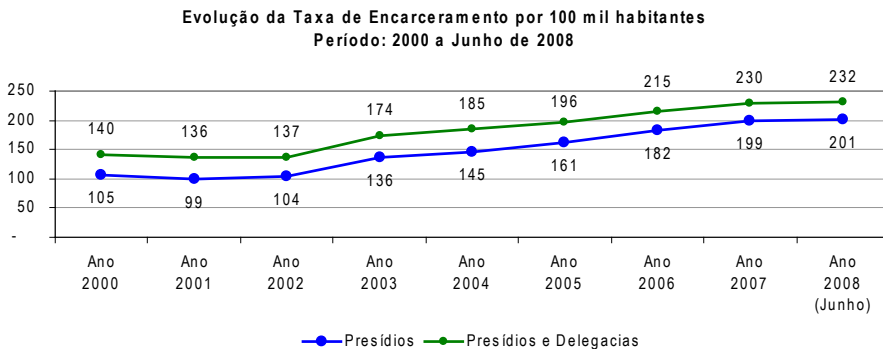
¹¹ VELEDA, Raphael. Tornozeleiras vão monitorar presos no Distrito Federal. In: **Estado de Minas** – 29/03/2008.

2 Situando o argumento

A análise dos dados sobre a população carcerária do Brasil nos últimos anos, mais especificamente nos anos compreendidos entre 2000 e 2008 (mês de junho), aproxima-nos do eixo discursivo e político das políticas públicas na esfera penal. Isso porque, em que pese a aparente ambiguidade na orientação político-criminal na década de 90 do século passado,¹² verifica-se que a pena de prisão é utilizada em larga escala em nosso país.

Segundo o Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário: “O sistema prisional brasileiro é o quarto do mundo em número de pessoas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões de presos), China (1,5 milhão de presos) e Rússia (870 mil presos)”.¹³ Essa situação é consequência de um movimento que tem sido chamado de “o grande encarceramento”. Ele atingiu o Brasil de forma notável nos últimos anos, como comprovam os dados abaixo:

Gráfico 2



14

Nos últimos oito anos, a população carcerária no Brasil quase dobrou.¹⁵ No ano 2000, o total de pessoas confinadas no sistema penitenciário era de 232.755, sendo esse número a soma de condenados em todos os regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto), mais os presos provisórios e os detentos

¹² “Ambiguidade” que pode ser extraída de movimentos legislativos ora por uma política do enfrentamento e endurecimento das penas (Lei 8.032/90, 9.034/95), ora por uma política de “redução” dos custos sociais da prisão (Lei 9.099/95 e 9.714/98).

¹³ **CPI do Sistema Carcerário**. Relatório Final. Dep. Domingos Dutra. Junho de 2008, p. 55.

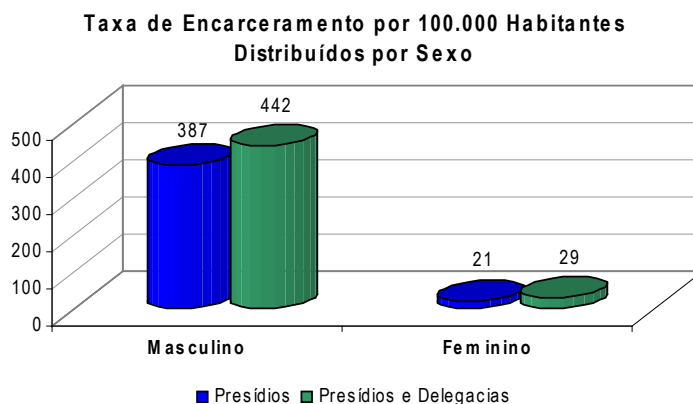
¹⁴ Fonte: www.mj.gov.br e www.ibge.gov.br

¹⁵ **Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 13 jun.2008.

nas delegacias. De 2000 a junho de 2008 esse número cresceu 89%, e a população carcerária saltou para 440.013.¹⁶ Destacamos esse crescimento no Gráfico 2, que mostra uma taxa de 140 presos por 100.000 habitantes no ano 2000 e o seu aumento para 232 pessoas confinadas a cada 100.000 em 2008. Quando excluimos os presos em delegacias, a taxa de encarceramento por 100.000 habitantes varia de 105 para 201 no mesmo período.

Se considerarmos somente a população masculina nos presídios estaduais, pois estes são os clientes preferenciais do sistema, a taxa de encarceramento dobra. Das 440.013 pessoas confinadas, 412.291 (94%) são homens. A estimativa de população masculina no Brasil nesse período era de 93.281.323 homens;¹⁷ assim sendo, a taxa de encarceramento dessa população por 100.000 habitantes é de 442 homens (com presos em delegacias) e 387 homens (somente presídios).

Gráfico 3



18

Um estudo comparado indica a real dimensão desses números. Os Estados Unidos são os líderes mundiais de encarceramento. Em 2007, a taxa de encarceramento nesse país atingiu a incrível marca de 750 por 100.000 habitan-

¹⁶ Dados disponíveis no site do Ministério da Justiça – DEPEN – INFOPEN. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 27 jul.2008.

¹⁷ Infopen – dados por estado. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 01 out.2008.

¹⁸ Fonte: www.mj.gov.br e www.ibge.gov.br

tes.¹⁹ Num primeiro momento, parece que o Brasil não apresenta taxa tão alta em comparação com os EUA. No entanto, há que se considerar o fato de que o percentual de crescimento da população carcerária nos EUA foi de 2,3% no ano de 2007,²⁰ sendo que no Brasil esse percentual foi de 5,3%.

Tais dados nos levam a pensar que, se seguirmos nesse passo, teremos problemas ainda maiores e seremos cada vez mais objeto de críticas no contexto internacional, pois esse tipo de política de encarceramento repercute no respeito às regras internas e internacionais que versam sobre Execuções Penais, ocasionando os problemas sentidos, especialmente pela população prisional, mas também para os demais atores envolvidos no cumprimento das penas.

Se esses dados evidenciam uma tendência de aumento do controle penal no Brasil, eles não revelam outra parte do fenômeno: a ampliação de mecanismos punitivos extramuros. Stanley Cohen já associava tais mecanismos às reformas dos Estados Nacionais²¹ e à necessidade de expansão do controle a grupos novos de desviantes e de incremento da intensidade do controle dirigido a grupos já identificados dessa maneira.²²

É importante destacar que, no Brasil, o compromisso com as alternativas ao cárcere e com os tradicionais discursos sobre a pena marcou a reforma da parte geral do Código Penal de 1984. Foram as leis 7.209/84 e 7.210/84 (LEP) que sistematizaram um primeiro bloco normativo regulamentador da aplicação judicial e da execução das penas restritivas de direitos. Na década de 1980, todavia, as possibilidades de aplicação dessas espécies de substitutivos penais foram reduzidas aos crimes culposos e a delitos dolosos cuja privação de liberdade não ultrapassasse um ano.

Foi a partir de 1990 que ganhou força o discurso da pena privativa de liberdade para os crimes graves e de desburocratização da justiça penal para os

¹⁹ **The Pew Center On The States.** Disponível em: http://www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/sentencing_and_corrections/one_in_100.pdf. Acesso em 15 maio 2008.

²⁰ *Idem.*

²¹ COHEN, Stanley. **Visiones de control social.** Barcelona: PPU, 1988. Para um estudo das implicações do declínio do Estado de Bem-Estar Social nos Estados Unidos e na Europa, confirmam-se os trabalhos de Loïc Wacquant. Confirma-se também a edição especial da revista *Discursos Sediciosos*, em que foi publicado o número 124 da revista francesa *Actes de la Recherche en Sciences Sociales (Discursos Sediciosos)*, ano 7, volume 11, 1º semestre de 2002).

²² COHEN, Stanley. *Op. cit.*, 1988, p. 65.

crimes leves.²³ Após a regulamentação da previsão constitucional dos especiais crimes hediondos, a agenda penal brasileira foi marcada pela ampliação dos espaços de controle extramuros. A Lei 9.099/95 instituiu um sistema pretensamente desburocratizado de aplicação antecipada de penas restritivas de direitos e, em 1997, a Lei 9.714 alargou as possibilidades de substituição do cárcere por mecanismos abertos de controle.

Passada a euforia inicial, tanto a criação dos Juizados Especiais Criminais quanto os novos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos foram problematizadas por certa literatura nacional. Observações quanto às pessoas e condutas capturadas pelos Jecrim's, sobre o renascimento de alguns crimes e sobre as meta-regras de aplicação judicial das penas restritivas levaram, com pequenas variações, à conclusão da relação funcional entre o núcleo dos sistemas penais ocidentais modernos (a prisão) e as medidas alternativas. Relação essa, que a programação normativa nem sequer esconde, pois as penas alternativas, como regra,²⁴ só podem ser aplicadas, nos crimes dolosos, em substituição à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, cujo regime inicial, a depender da conjugação de requisitos objetivos e subjetivos do parágrafo 2º do art. 33 do CP, será o aberto ou semiaberto.²⁵

Nesse mesmo sentido, pesquisa do ILANUD²⁶ sobre as penas alternativas, publicada recentemente, aponta que a abertura institucional às formas abertas de controle não inibiu o aumento da população carcerária nacional. Ao contrário, o relatório retrata um crescimento da massa carcerária brasileira muito superior às taxas de crescimento de nossa população.

Todavia, a importância da ampliação dos substitutivos penais não é apenas discursiva, tanto que, no ano de 2008, o número de pessoas às quais foi apli-

²³ Zaffaroni (et. alli) identifica neste discurso a “[...] hipótese de que o sistema penal do empreendimento neoliberal, vertido para o controle dos contingentes humanos por ele mesmo marginalizados, opera mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora)” (**Direito Penal Brasileiro**, 2. ed, v. 1, Revan, 2003, p. 484).

²⁴ Algumas leis extravagantes já trazem no preceito secundário do tipo penal a restrição de direitos como pena.

²⁵ Excluímos aqui, propositadamente, as discussões sobre os espaços abertos pelo Código Penal para a fixação do regime fechado, quando as circunstâncias judiciais assim recomendarem.

²⁶ ILANUD BRASIL. Levantamento nacional sobre execução de penas alternativas. **Relatório final da pesquisa 2004 – 2006**. Brasília: MJ/DEPEN.

cada uma pena alternativa (489.000) ultrapassou o número de pessoas presas (439.000). Esses números, estranhamente comemorados na imprensa,²⁷ re-acendem o debate sobre a desmistificação das alternativas intrassistêmicas num momento em que tanto a responsabilização pelo fenômeno delitivo quanto as respostas formais das agências de controle são fortemente marcadas por uma lógica privada.

Assim, a partir desse cenário geral de expansão concomitante das penas alternativas e da privação da liberdade, este relatório pretende contribuir para a desconstrução do mito da “substituição do cárcere” por outra prática social a que se atribua a mesma função de controle dos outros.

3 OS CUSTOS DOS CONTROLES ELETRÔNICOS

A abertura do sistema de justiça criminal brasileiro a estímulos privados não é novidade e tampouco é homogênea. A constituição de agências penais subterrâneas, a privatização ou terceirização do sistema carcerário e mesmo a agenda desburocratizante (no sentido de ser supressora de direitos fundamentais processuais) são alguns dos fenômenos relacionados a esse movimento.

É cada vez mais comum o uso da tecnologia no monitoramento de pessoas, veículos, situações etc. Alguns mecanismos de controle são permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, outros não, outros ainda são utilizados sem serem permitidos, mas o fato é que existe a necessidade de um debate acadêmico e social em torno desses controles que não esteja restrito puramente à questão da sua efetividade. Existem alguns limites jurídicos à implantação do monitoramento eletrônico, especialmente no que se refere à ação da indústria do controle do crime, tal como nos alerta o criminólogo norueguês Nils Christie desde 1993,²⁸ e tais limites fazem parte de uma discussão mais ampla sobre a possibilidade de democratização do acesso a direitos e garantias fundamentais. Resumindo muito um dos argumentos desenvolvidos pelo autor referido, há que se preservar o aspecto público estatal do controle dos conflitos, pois a iniciativa

²⁷ **Número de penas alternativas supera o de penas de prisão.** Disponível em: <<http://imirante.globo.com/noticias/pagina171663.shtml>>. Acesso em 15 maio 2008.

²⁸ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

privada visa lucro e este não pode ser auferido da sanção criminal. Cabe ao Estado, e somente a ele, a gestão da Execução Penal.²⁹

Apesar disso, tramitam no Congresso Nacional vários projetos de lei que visam instituir o uso de dispositivos eletrônicos como forma de monitorar e controlar o cotidiano dos presos que obtenham o direito de sair do estabelecimento prisional para estudar, trabalhar, visitar a família nos finais de semana ou em períodos festivos e até mesmo nos casos de prisão domiciliar, livramento condicional e suspensão condicional da pena.

No início do ano de 2008, havia quatro projetos de lei em andamento no Congresso Nacional que versavam sobre o tema. Entre eles, dois tiveram início no Senado Federal: o Projeto de Lei 1295/07, de autoria do senador Aloízio Mercadante – PT/SP e o Projeto de Lei 1288/07, do senador Magno Malta – PR/ES. Os projetos iniciados na Câmara eram de autoria dos deputados Edio Lopes – PMDB – RR (PL 337/07) e Carlos Humberto Manato – PDT/ES (PL 510/07).

As fundamentações apresentadas pelos parlamentares envolvem principalmente uma comparação com os Estados Unidos e com países da Europa, onde, supostamente, o uso do monitoramento eletrônico teria demonstrado eficácia na reintegração do condenado à sociedade. O deputado federal Beto Mansur, em pronunciamento sobre o tema, assim justificou esta opção:

Com efeito, a cadeia virtual hoje em dia se impõe como uma solução bastante eficaz para o cumprimento da pena criminal, sendo adotada tanto nos Estados Unidos como em países da Europa.

Não se pode olvidar que o uso do monitoramento eletrônico contribui muito mais com a humanização e a reintegração do condenado à sociedade, haja vista que se lhe permite trabalhar, participar de cursos e atividades educativas e sobretudo gozar diariamente do convívio familiar.³⁰

Ainda com respeito à utilização dos mecanismos em outros países, o deputado Edio Lopes argumentou que:

²⁹ Sobre os problemas da privatização de prisões, já publicamos estudo no ano de 2002. ZACKESKI, Cristina. Relações de trabalho nos presídios. In: **Revista do Ministério Público do Trabalho**, n. 23, São Paulo: LTr, março de 2002, p. 31-53.

³⁰ Justificativa do Projeto de Lei 1440/2007, que tramita em conjunto ao Projeto de Lei 1288/2007.

Dessa forma, essa ferramenta de supervisão contínua, utilizada com sucesso em alguns países europeus, como a Inglaterra, e ainda nos Estados Unidos, pode suprir, com larga vantagem, a falta de controle e fiscalização do condenado por parte do Estado, tornando efetivo o cumprimento da pena imposta.³¹

Em relação a essas justificativas, pode-se dizer que carecem ainda de embasamento teórico e até mesmo de comprovação empírica acerca do real sucesso de tais iniciativas nos países citados. Nos documentos e nos textos em geral sobre o assunto, são mencionados como casos de sucesso os seguintes países: Estados Unidos, Inglaterra, Suécia, México, Canadá, Alemanha, Austrália, França, Espanha, Nova Zelândia, Escócia e África do Sul. No entanto, não se pode dizer que houve êxito na implantação do sistema de monitoramento eletrônico em todos esses casos. Sobre a Inglaterra, por exemplo, encontramos afirmações como: “De fato, quatorze anos após o início dos programas pilotos do MEP na Inglaterra, a superpopulação carcerária é ainda uma característica das prisões inglesas”.³² No mesmo texto é apresentado o caso da Suécia, e este sim é um caso onde o monitoramento é visto de forma mais positiva. Em relação ao México, a única informação a respeito, prestada por Luiz Gonzáles Placencia, visitador de Direitos Humanos no Distrito Federal, é no sentido de que: “[...] *hay un programa en el que algunos presos que son previamente seleccionados por su ‘perfil criminológico de baja peligrosidad’ han sido sujetos de un programa de vigilancia mediante un brazalete electrónico*”. Para o visitador, a informação que chegou à Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal mexicano é no sentido de que o programa em si não tem muitos problemas, contudo:

[...] *hace tiempo fueron denunciados algunos casos de corrupción en los que funcionarios de prisiones “vendían” los lugares para hacerse acreedor al programa. Nada de eso está verificado, pero igual es un aspecto a considerar porque tener acceso al brazalete puede ser un privilegio. Yo he criticado que el uso se dé en sentenciados porque pienso que, en todo caso, debe ser una alternativa para evitar la prisión prevenida,*

³¹ Justificativa do Projeto de Lei 337/2007.

³² REIS, Fabio A. S. Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as): breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca. In: III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO, 2004, Salvador. **Anais do III CIBERCON**. Salvador, BA: IBDI.

*como un derecho para todos los que enfrentan un proceso, y no como un beneficio, mucho menos cuando ese beneficio es el resultado de criterios peligrosistas.*³³

Além disso, recebe muito destaque a questão financeira, pois, em tese, haveria uma economia ao se utilizarem os equipamentos eletrônicos na vigilância penal. Ainda na fundamentação do Projeto de Lei 337/07, o deputado Edio Lopes cita um relatório apresentado pelo ex-diretor do Departamento Penitenciário Nacional, Maurício Kuehne, que afirma que o custo da utilização da vigilância eletrônica seria de aproximadamente R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais por detento. No mesmo relatório, há uma comparação entre esse custo e o valor gasto com detentos encarcerados, que seria superior a R\$ 1.000,00 (mil reais) mensais por detento. Desse modo, aponta a grande economia que seria feita com a implementação do novo modelo de vigilância.

Compete ressaltar, no entanto, que essa suposta economia só ocorreria de fato se todos os encarcerados passassem a ser submetidos à vigilância eletrônica e não mais precisassem retornar aos estabelecimentos penais. A realidade que temos é a de que os detentos que poderão ser atingidos pela nova medida são aqueles que já se encontram em regimes que permitem sua saída da prisão, em sua maioria, e que os demais permanecerão representando gastos com encarceramento. Desse modo, pode-se pensar, ao contrário, em um aumento de gastos com o sistema penitenciário, pois os sentenciados que se encontram hoje cumprindo pena fora dos estabelecimentos prisionais, sem gastos extras para o Estado, passariam a utilizar os equipamentos eletrônicos ao valor de seiscentos reais mensais.

Ademais, surge constantemente a justificativa da necessidade de se diminuir a superlotação nos presídios, conforme sugere o deputado Ciro Pedrosa. Em suas palavras:

Uma solução que poderia auxiliar no desfogamento dos presídios, combatendo o problema da superpopulação, seria a utilização de dispositivos, como pulseiras eletrônicas, a fim de monitorar os condenados menos perigosos, que cumprem pena no regime aberto.³⁴

³³ Comunicação informal de Luis González Placencia, que atua como visitador da Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal (CDHDF) do México, em 04/10/2008.

³⁴ Pronunciamento realizado em 07/03/07, a favor do Projeto de Lei 337/2007.

Como já dito anteriormente, a utilização do monitoramento eletrônico atingirá na maior parte os acusados e os sentenciados que já se encontram fora dos estabelecimentos prisionais, que são, como diz o próprio parlamentar, “os menos perigosos”, não havendo então como isso possa auxiliar na diminuição da população carcerária.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 14/05/08, aprovou substitutivo ao Projeto de Lei do Senador Magno Malta, restando assim prejudicados os outros três projetos sobre o mesmo tema. No substitutivo fica ressaltada a questão da liberalidade do juiz ao determinar ou não a utilização do equipamento eletrônico pelo acusado ou sentenciado, de acordo com o que julgar necessário e com a disponibilidade de meios. Após a aprovação no Plenário da Câmara, o Projeto retornou ao Senado Federal, em 21/05/08, onde vai ser submetido à nova deliberação, já com o substitutivo.

Em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo, em 05 de maio de 2007, o senador Aloízio Mercadante utilizou as mesmas justificas para a implementação do projeto:

Inovador, contudo, é o projeto que introduz o monitoramento de presos. Baseado na experiência exitosa de países como Inglaterra, Suécia, EUA, México e África do Sul, a proposta, cuja elaboração contou com as oportunas contribuições do governador José Serra e do Senador Demóstenes Torres, prevê que o juiz poderá, com a aquiescência do réu, utilizar o monitoramento eletrônico para garantir as condições impostas para o livramento condicional e a progressão para os regimes semi-aberto e aberto. Além disso, o monitoramento poderá ser usado nos indultos natalinos, garantindo que beneficiários dessa regalia não cometam crimes.³⁵

No estado de São Paulo já há lei³⁶ que autoriza a utilização de vigilância eletrônica dos presos que estejam em regime de liberdade condicional ou com o benefício da saída temporária. No entanto, o governo ainda não implementou a medida, ainda que a considere uma norma de fiscalização da saída temporária e da liberdade condicional, e que por isso poderia ser autorizada por lei estadual.

³⁵ **Folha de São Paulo.** São Paulo: 05/05/07.

³⁶ **Lei Estadual nº 12.906/2008.**

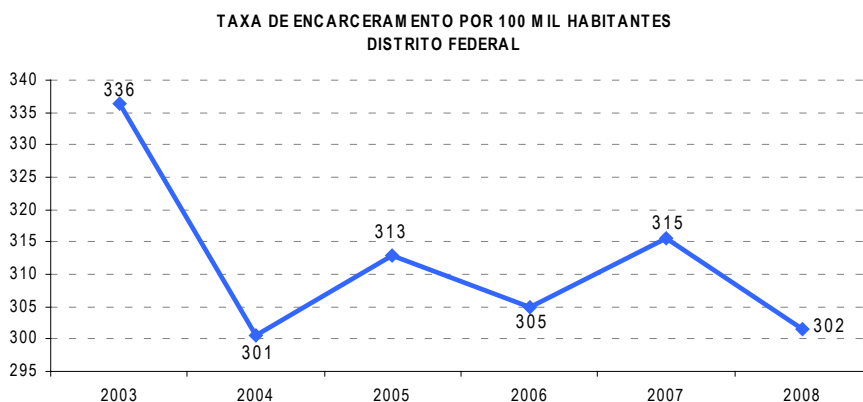
4 A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO NO DISTRITO FEDERAL

A análise dos dados carcerários do Distrito Federal está restrita aos anos de 2003 a 2008 por falta de fonte de informações consolidadas nos períodos anteriores. Seguindo a tendência nacional, entre 2003 e 2008, a população carcerária no DF teve um acréscimo de 13%. Em 2003, essa população era de 6.897 pessoas; em 2008, o número passa a ser 7.712. Considerando-se somente os anos de 2006 e 2007, o percentual de crescimento foi de 6,5%.³⁷ Esse percentual é maior do que a média brasileira e até mesmo maior que a norte-americana para o período.

A taxa de encarceramento por 100.000 habitantes no DF é ainda mais alarmante. Apesar de alguns declínios ocorridos no período analisado, essa taxa é superior a 300 desde 2003, tendo atingido a casa dos 315 em 2007.³⁸ Ressalte-se que essa taxa é muito superior à brasileira, que era de 199 no mesmo período.

Considerando-se somente a população masculina, a referida taxa eleva-se sobremaneira. Em 2007, a taxa de homens encarcerados por 100.000 habitantes era de 685,³⁹ mais próxima, portanto, da média geral norte-americana.

Gráfico 4 - Variação da taxa de encarceramento no DF no período 2003 – 2008 excluindo-se os presos em delegacias:



40

³⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema Nacional de Informação Penitenciária**. Dados consolidados. Ministério da Justiça, 2008, p. 13.

³⁸ Considerou-se nesse cálculo a estimativa da população do DF em 2007 como sendo 2.455.903. IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 13 jun.2008.

³⁹ Considerou-se nesse cálculo a estimativa da população masculina do DF em 2007 como sendo 1.090.755. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 13 jun.2008.

⁴⁰ Fonte: www.mj.gov.br e www.ibge.gov.br

O gráfico mostra alterações bruscas de encarceramento, com elevações nos anos de 2005 e 2007. Entre 2006 e 2007, houve um salto de 305 para 315 presos por 100.000 habitantes. A taxa de encarceramento referente ao ano de 2008, além de levar em conta os dados coletados até junho de 2008, foi elaborada pelo DEPEN a partir de uma estimativa populacional para o Distrito Federal. Entretanto, segundo o relatório “Comparativo do 1º quadrimestre 2007/2008”⁴¹ da Secretaria de Segurança Pública do DF, a taxa de criminalidade na região vem diminuindo desde 2006. Isso quer dizer que o aumento da taxa de encarceramento não foi provocado pelo aumento da criminalidade, como demonstram os gráficos que seguem:

Gráfico 5



42

Gráfico 6



43

⁴¹ SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br>. Acesso em: 20 jun.2008.
⁴² SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br>. Acesso em 20 jun.2008.
⁴³ SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em:<http://www.ssp.df.gov.br>. Acesso em 20/ jun.2008.

Gráfico 7



44

Gráfico 8



45

Essa situação corrobora a afirmação de Nils Christie no sentido de que “[...] não se pode usar o número de presos como indicador do número de delitos cometidos”. O autor segue dizendo que:

O estudo de um grupo de especialistas do Conselho da Europa chegou à mesma conclusão. O presidente do grupo, Hans Henrik Brydenscholt (1982), afirma de maneira contundente: não existem relações diretas entre as taxas de criminalidade e taxas de detenções ou ... o número de presos por cem mil habitantes em um determinado momento.⁴⁶

⁴⁴ SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.ssp.df.gov.br>>. Acesso em 20 jun.2008.

⁴⁵ SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.ssp.df.gov.br>>. Acesso em 20 set.2008.

⁴⁶ CHRISTIE, Nils. Op. cit., 1993, p. 24.

O cotejo entre taxa de encarceramento e taxa de criminalidade revela uma face da política penal no Distrito Federal. Confina-se cada vez mais, independentemente do recuo da criminalidade nos últimos anos. Não surpreende, portanto, o fato de o sistema penitenciário do Distrito Federal ter hoje um déficit de vagas,⁴⁷ uma vez que aqui a prisão ainda se apresenta como o principal remédio utilizado para o problema criminal.

A situação prisional de junho desse ano (2008), excluindo-se 100 presos em delegacias, era a seguinte:

TOTAL DE PRESOS: 7.712

CONDENADOS: 6.039

PROVISÓRIOS: 1.673 (22%)

TOTAL DE VAGAS: 6.235

DÉFICIT DE VAGAS: 1.477 (23,7%)

TAXA DE ENCARCERAMENTO POR 100 MIL HABITANTES: 301,6

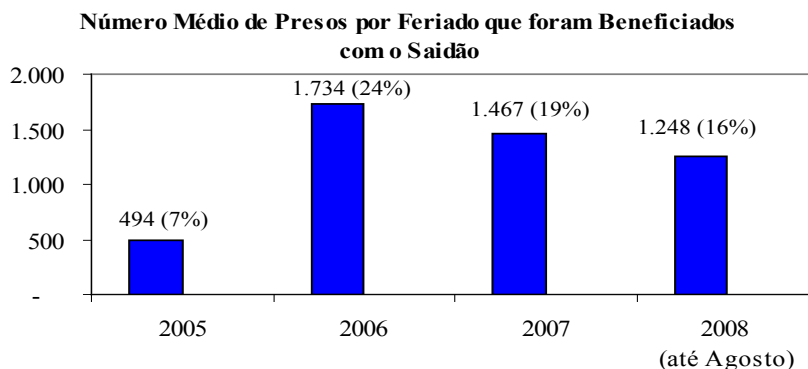
5 OS DADOS SOBRE OS SAIDÕES

Os dados referentes ao saidão, disponibilizados pela Subsecretaria do Sistema Penitenciário (SESIPE) da Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal, demonstram como têm sido as saídas dos presos durante os principais feriados. Os dados ora analisados fazem menção somente aos anos de 2005 em diante. Não existem dados para os períodos anteriores.

O saidão ocorre sempre em feriados especiais, sendo que, em 2005, ele contava com uma média de 494 presos beneficiados passando para 1.734 em 2006. De lá para cá, esse número já tem reduzido. Com relação ao total da população carcerária do Distrito Federal, atualmente, 16% dos presos são beneficiados, sendo que essa proporção também está em queda desde 2006.

⁴⁷ Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, havia, em dezembro de 2007, 7.848 presos no DF, enquanto o número de vagas total era de 6.035. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 13 jun.2008.

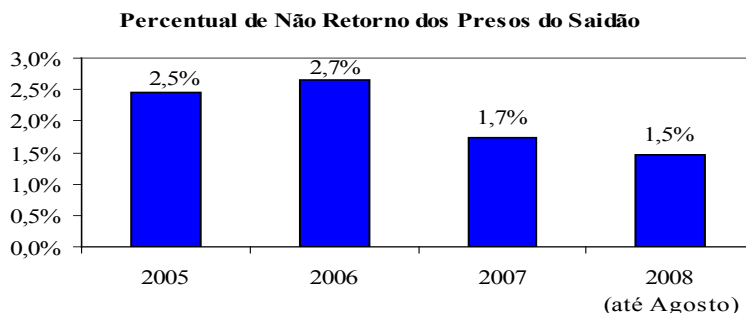
Gráfico 9



48

Em que pese o número de presos que não retornam do saidão, esse é um percentual muito baixo, em torno de 2%, com uma leve tendência de queda. Em 2008, o percentual de não retorno já reduziu para 1,5%. Porém, o que mais chama atenção é o percentual ínfimo de presos beneficiados envolvidos com ocorrências criminais, em média apenas 0,14 %, ou seja, praticamente a décima parte de 1% envolve-se como suspeito de ocorrências criminais.

Gráfico 10



49

Foi realizada uma análise comparativa visando verificar se existe aumento na incidência de ocorrências criminais em dias de feriados com saidão de presos. A metodologia utilizada compara sempre os mesmos dias de semana do saidão

⁴⁸ Fonte: Gerência de Controle de Internos - GCI / Subsecretaria do Sistema Penitenciário - SESIPE/ Secretaria de Estado de Segurança Pública do Governo do Distrito Federal, 14 de agosto de 2008.

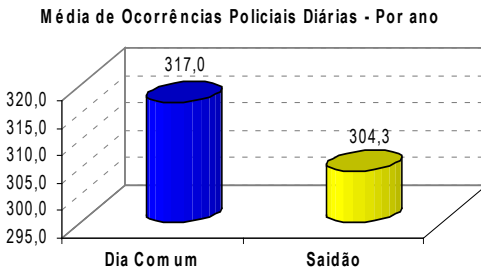
⁴⁹ Fonte: Gerência de Controle de Internos - GCI / Subsecretaria do Sistema Penitenciário - SESIPE/ Secretaria de Estado de Segurança Pública do Governo do Distrito Federal, 14 de agosto de 2008.

com os períodos nas 3 semanas anteriores e posteriores aos feriados. Por exemplo, no feriado do Dia dos Pais em 10/08/2008, o saidão ocorreu entre os dias 08 e 11 de agosto. Para realização do estudo, foi verificado o número de crimes nas 3 semanas anteriores: 18 a 21 de julho, 25 a 28 de julho, 01 a 04 de agosto e nas 3 semanas posteriores: 15 a 18 de agosto, 22 a 25 de agosto e 29 de agosto a 01 de setembro (vide calendário abaixo).

jul/2008							ago/2008						
Dom	Seg	Ter	Qua	Qui	Sex	Sab	Dom	Seg	Ter	Qua	Qui	Sex	Sab
		1	2	3	4	5						1	2
6	7	8	9	10	11	12	3	4	5	6	7	8	9
13	14	15	16	17	18	19	10	11	12	13	14	15	16
20	21	22	23	24	25	26	17	18	19	20	21	22	23
27	28	29	30	31			24	25	26	27	28	29	30
							31	01/set					

Ao contrário do que é divulgado pela mídia, foi verificado que o número médio de ocorrências policiais diárias dentro do período analisado é de 628 crimes, sendo que dentre eles, a média nos dias de feriado com saidão foi de 607, contra 632 nos demais dias comuns. Através de um teste de hipóteses estatístico,⁵⁰ a uma margem de erro de 5%, constatou-se que não há diferença significativa entre o número de ocorrências dentro e fora do saidão.

Gráfico 11

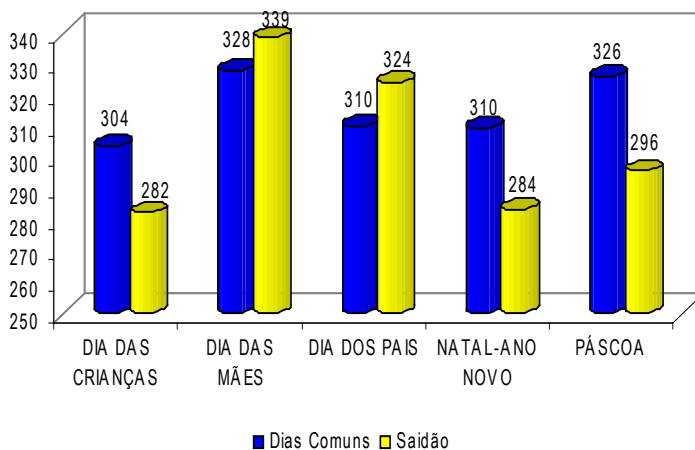


Os feriados considerados foram: Dia das Crianças, Dia das Mães, Dia dos Pais, Natal, Ano Novo e Páscoa. Somente nos dias das mães e nos dias dos pais a incidência de crimes no saidão foi um pouco superior aos dias comuns.

⁵⁰ Teste estatístico de comparação entre médias: F Snedecor pela tabela ANOVA. As premissas de normalidade foram testadas e aceitas pelo teste KS (Kolmogorov-Smirnov). A homogeneidade de variância foi verificada pelo teste de Levene.

Gráfico 12

Média de Ocorrências Policiais Diárias - Tipo de Feriado

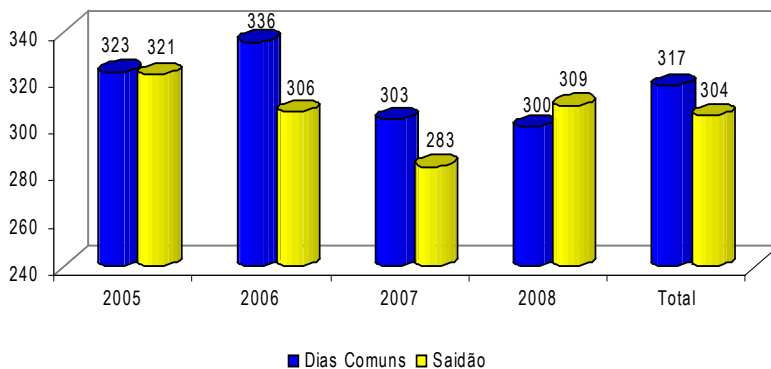


51

Em 2006, apesar do grande incremento do número de presos beneficiados e de um pequeno aumento dos índices médios de criminalidade, os índices do saidão são bem inferiores aos dias comuns.

Gráfico 13

Média de Ocorrências Policiais Diárias - Por ano



52

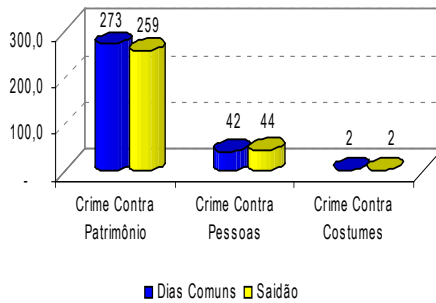
⁵¹ SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Polícia Civil – Sistema Milenium.

⁵² SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Polícia Civil – Sistema Milenium.

Os crimes contra o patrimônio representam 86% das ocorrências, sendo roubo e furto os principais tipos de crime. As únicas modalidades que possuem uma média diária nos dias comuns superior aos dias com saidão são: homicídio, tentativa de homicídio, sequestro-relâmpago e lesão corporal. Destaca-se o homicídio onde a incidência nos dias de saidão foram 21% maiores que nos dias comuns, no entanto, nenhuma dessas diferenças foi apontada como significativa no teste de hipóteses estatístico,⁵³ a uma margem de erro de 5%.

Gráfico 14

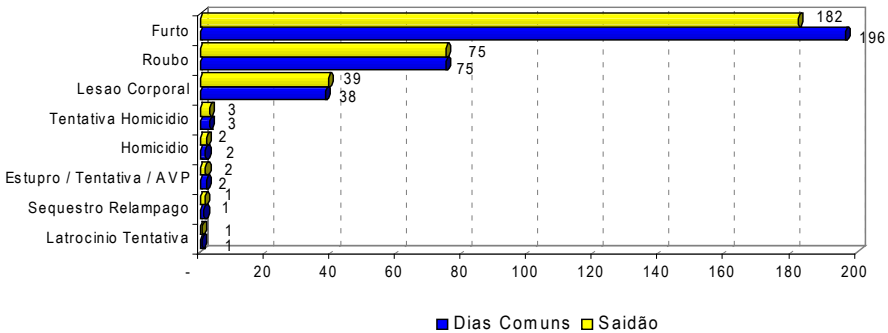
Média de Ocorrências Policiais Diárias - por Modalidade



54

Gráfico 15

Média de Ocorrências Policiais Diárias - Modalidade



55

⁵³ Teste de comparação entre médias: F Snedecor pela tabela ANOVA. As premissas de normalidade foram testadas e aceitas pelo teste KS (Kolmogorov-Smirnov). A homogeneidade de variância foi verificada pelo teste de Levene.

⁵⁴ SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Polícia Civil – Sistema Milenium.

⁵⁵ SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Polícia Civil – Sistema Milenium.

BENEFÍCIO DE SAÍDA ESPECIAL DE INTERNOS X OCORRÊNCIAS CRIMINAIS

Ano	Data	Quantitativo de saídas [A]	Não retorno	Percentual de não retorno (%)	Ocorrências Criminais [B]	Percentual entre [A] e [B] (%)
2005	Mães	421	9	2,14	*	*
	Pais	474	11	2,32	*	*
	Crianças	484	9	1,86	*	*
	Finados	459	17	3,7	*	*
	Natal	570	13	2,28	*	*
	Ano Novo	558	14	2,51	*	*
2006	Natal	1.756	49	2,79	*	*
	Ano Novo	1.712	43	2,51	*	*
2007	Páscoa	1.647	23	1,4	3	0,18
	Mães	1.520	32	2,11	9	0,59
	Pais	1.508	38	2,52	6	0,4
	Crianças ^[1]	1.409	22	1,56	1	0,07
	Natal	1.345	21	1,56	3	0,22
	Ano Novo	1.371	16	1,17	1	0,07
2008	Páscoa	1.341	20	1,49	2	0,15
	Mães	1.243	16	1,29	1	0,08
	Pais	1.160	19	1,64	0	-
Total		18.978	372	1,96	26	0,14
Média		1.116,4	21,9		2,89	

Fonte: Gerência de Controle de Internos - GCI / Subsecretaria do Sistema Penitenciário - SESIPE/ Secretaria de Estado de Segurança Pública do Governo do Distrito Federal, 14 de agosto de 2008.

Dados consolidados pelos autores.

Legenda:

(*) Dados não disponíveis

[1] Dias da Crianças - foram registradas duas ocorrências, sendo que em uma delas um interno figurou como vítima do crime de homicídio

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é necessário salientar que o preso só recebe o direito à saída temporária após uma análise criteriosa da Vara de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que, dentre outros requisitos, observa o comportamento deles. As saídas temporárias fazem parte de um processo de retorno dos condenados à sociedade.

Uma iniciativa importante para a reinserção social dos condenados é a ampliação das possibilidades de trabalho externo. Exemplo disso é a Lei 4.079/2008, que entrou em vigor em 7 de janeiro de 2008 e que obriga as empresas que prestam serviço ao governo a reservar 2% do total de vagas para condenados que estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou para egressos do sistema prisional. Esse tipo de iniciativa normalmente provoca resistências, muitas vezes infundadas, como a do sociólogo e pesquisador da Universidade de Brasília (UnB), Lúcio Castelo Branco, que duvida da capacidade de ressocialização das

instituições prisionais do Distrito Federal, que estão entre as melhores do país, e afirma que antes seria preciso um maior investimento no sistema. Em suas palavras: “É uma situação de risco para as empresas. Os presídios não recuperam ninguém, muito pelo contrário. São máquinas de aprimoramento da capacidade de lesar o outro”.⁵⁶ Sobre isso, podemos dizer que a capacidade ressocializadora de qualquer prisão será tanto menor quanto mais preconceito houver na sociedade. Nesse caso, de nada adiantará um eventual investimento nas prisões, como se isso pudesse ser um estágio a ser cumprido para a implementação de iniciativas desencarceradoras e preventivas. Se as prisões não são bons lugares para se obter o resultado ressocializador, é melhor evitar ao máximo a permanência de condenados nessa situação, criando-se condições para progressão de regime. Uma dessas condições é ter acesso a emprego. Além disso, um dos problemas mais evidentes relacionados à reincidência é a falta de oportunidades de emprego para egressos do sistema prisional. Ambas são situações atendidas com esse tipo de iniciativa criticada pelo pesquisador.

Outro exemplo da resistência social ao retorno dos condenados já tem mais de dez anos. Quando o barracão que abriga os condenados que já estão em regime semiaberto foi destinado para essa finalidade no início do ano de 1997, os empresários do Setor de Indústria e Abastecimento do Distrito Federal manifestaram-se contrariamente à iniciativa. Mesmo com essa resistência, a implantação do Centro de Progressão Prisional foi feita e a um custo muito baixo, segundo o delegado Hertz Andrade, que acompanhou de perto o processo, pois tal tipo de estabelecimento não exige estruturas tão caras e reforçadas quanto as prisões convencionais. O delegado colecionou, inclusive, algumas declarações que saíram na imprensa da época.

“Nós não temos nada contra a recuperação deles. Só que é difícil explicar às pessoas que freqüentam o comércio e as indústrias do SIA que aquilo não é um presídio comum, com pessoas perigosas, justificou um empresário, dono de um restaurante, sem se identificar” (CORREIO BRAZILIENSE, 28.02.97)

“Com o sinistro objetivo de implantar definitivamente o caos no SIA, o GDF, ao invés de recuperar a carente infra-

⁵⁶ GUSMÃO, Flávio. **Empresas que prestam serviço para o governo do DF terão de contratar ex-presidiários.** Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/01/09/materia.2008-01-09.2445267308/view>>. Acesso em 16 ago. 2008.

estrutura do setor, ameaça agora penalizá-lo com a instalação de uma prisão albergue para 150 presos”. (JORNAL DE BRASÍLIA, 03.03.97, Deputado Luiz Estevão)⁵⁷

As raras iniciativas ressocializadoras não são rentáveis e, com certeza, exigem muito mais esforços da sociedade do que mecanismos tecnológicos de controle, que são formas de abstraí-lo como se ele fosse reservado a um espaço etéreo e que não fossem pessoas a tomar conta dele, tal como nos alerta o questionamento: “Quem controla os controladores”?

Este estudo mostra, então, que não existem razões suficientes para que direitos sejam “arranhados” em nome da segurança, já que os beneficiados por esse estado de coisas serão os acionistas de empresas de segurança, que, em geral, estão interessados em lucro e não propriamente na segurança da população.

⁵⁷ ANDRADE, Hertz. **Comunicação informal**. 13 / ago/ 2008.

IV - TEMAS VARIADOS

AS ESTRUTURAS DA ATIVIDADE ECONÔMICA REGULADAS PELO DIREITO ECONÔMICO

Neide Teresinha Malard*

1 ESTRUTURAS: CONCEITO

Quando se fala em estruturas da atividade econômica reguladas pelo Direito Econômico, faz-se necessário apreender a noção de estrutura, estabelecendo sua conceituação, para se ter, então, a exata noção do que se trata.

Nicola Abbagnano define a estrutura, conforme utilizada na linguagem comum, como um conjunto formado pelas partes de um complexo que tem por fim garantir a permanência e o funcionamento do próprio complexo.¹ Bobbio, por sua vez, reproduz o conceito de estrutura definido por H. Spencer, a partir da biologia, como “[...] um conjunto de partes funcionais em relação à unidade que constituem, ou seja, como um conjunto de partes mutuamente dependentes”.²

Para Georges Gurvitch, a estrutura é o “[...] equilíbrio precário das hierarquias diversas num movimento perpétuo de estruturação e de reestruturação”.³

Embora utilizando as palavras permanência e equilíbrio, que podem denotar uma noção estática, essas definições captam uma estrutura dinâmica, que não compreende apenas fatores inertes e resistentes a mudanças, como também elementos que se movimentam e se relacionam de forma harmônica, não obstante as constantes mutações a que estão sujeitos.

A estrutura é também concebida como um todo, ao invés de um complexo segmentado. Essa totalidade pode comportar individualidades, fenôme-

* A autora é doutora em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais e professora do UNICEUB e do IESB, em Brasília, DF.

¹ **História da filosofia**, vol.15. Lisboa : Editorial Presença, 1970, p.304.

² BOBBIO, Norberto [et al.]. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 2000.

³ Ver MARCHAL, André Marchal. **Systemes et structures économiques**. Paris: Presses Universitaires de France, 1959, p.79.

nos diversos, cuja ocorrência, no entanto, se dá apenas em inter-relação com os demais, não podendo, por isso, ser considerado separadamente, como parte. A estrutura, assim, é unitária, indivisível, irredutível.⁴

A categoria estrutural, concebida como totalidade integral, de acordo com uns, ou como totalidade segmentada, como querem outros, apreende a ideia de dinamicidade, de forças propulsoras que a colocam em movimento. Julián Marías, nesse sentido, ao se referir à estrutura social, destaca o seu dinamismo afirmando que ela possui uma trajetória programática, que é constituída em cada momento e não apenas em momento de crise ou de substituição, trajetória esta cujo passado e futuro se fazem sempre presentes, sendo, portanto, a conservação e a antecipação os dois ingredientes de toda estrutura social.⁵

A partir de uma concepção dinâmica das estruturas, pode-se estudar a sua evolução, as forças que a impulsionam, a velocidade com que se processam os movimentos estruturais, o grau de adaptação de cada estrutura em relação ao sistema vigente, bem como comparar entre si as diferentes estruturas quanto aos seus movimentos ou à sua inércia.

Pode-se, por exemplo, comparar a evolução da empresa, desde o seu surgimento como unidade artesanal e familiar até sua transformação em grande sociedade, ou da atividade industrial ou agrícola, em seus diferentes estágios, até o consumo, com a evolução das instituições jurídicas que cuidaram de regular esses fenômenos econômicos.

Tal concepção dinâmica da estrutura não pode ser confundida com a conjuntura. Não obstante o caráter dinâmico que se procura imprimir às estruturas, estas terão sempre uma natureza permanente, enquanto que a conjuntura já traz em si possibilidades de transformações. A situação de permanência das estruturas não deve, porém, ser concebida em termos absolutos, pois, como observa Eros Roberto Grau “[...] as estruturas são, concomitantemente, ato e potência: toda estrutura é em ato, o que é e, potencialmente, uma nova estrutura”.⁶

⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p.13 e segs.

⁵ MARÍAS, Julian. *A estrutura social: teoria e método*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1955, p.41.

⁶ *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2001, p.48.

Da mesma forma entende Gurvitch, em uma concepção dinâmica, que as conjunturas empurram num tal sentido que fazem surgir as estruturas, favorecendo a desestruturação e a reestruturação.⁷ As estruturas passam, então, por transformações que decorrem de mutações progressivas ou de mudanças bruscas e que provocam alterações no sistema.

As estruturas, coerentemente reunidas em um complexo, numa inter-relação e dependência recíprocas, formam um sistema que permite a atuação de umas sobre as outras, num processo mútuo de influência. O equilíbrio do sistema dependerá, portanto, da compatibilidade existente entre as estruturas.

Argumenta-se que, não obstante essa influência mútua, alguns fatores estruturais são mais relevantes e exercem uma função determinante na variação dos demais. Nessa linha, Johan Akerman relaciona como forças motrizes ou autônomas a técnica, a população e o movimento das ideias.⁸

Analisado sob a forma de sistema, esse entendido como um conjunto coerente de estruturas, o capitalismo dispõe de estruturas jurídicas e econômicas próprias. As primeiras sustentam-se sobre duas instituições, que são os seus verdadeiros pilares: a propriedade privada e o contrato, cujo substrato consiste na garantia da livre apropriação dos meios de produção por aqueles que dispõem das necessárias condições materiais, e na autonomia da vontade dos contratantes, que podem dispor livremente de seus direitos. Tais liberdades, no entanto, sofreram restrições ao longo da existência do sistema e não são concebidas em termos absolutos, como de resto toda e qualquer liberdade que o Direito tem como fim proteger. As estruturas econômicas do sistema capitalista, por sua vez, sustentam-se no mercado e na técnica, sendo esta a base de desenvolvimento daquele. O mercado é o local onde são adquiridos os fatores de produção, de cuja combinação resulta o produto final, que é ali vendido ao preço que serve de orientação não só à atividade do agente econômico na busca da minimização de custos e da maximização de lucros, como ainda às preferências do consumidor, na tentativa de satisfazer suas necessidades. A técnica, meio utilizado pelo homem para dominar a natureza, pelas suas características inovadoras na produção, requer especialização e divisão de tarefas, de sorte a proporcionar ao agente econômico custos mais reduzidos

⁷ Apud ANDRÉ MARCHAL, *op.cit.*, p.80.

⁸ *Idem*, p.415.

e lucros maiores, na sua busca incessante de disputar a predileção dos consumidores.

1.1 ESTRUTURAS JURÍDICAS

As estruturas jurídicas são constituídas pelo conjunto de regras que regem as relações entre os indivíduos num determinado sistema legal. Kelsen fala de uma estrutura escalonada da ordem jurídica, em que as normas não se encontram lado a lado, no mesmo plano, e sim em camadas ou níveis diversos. A unidade dessa ordem está precisamente na relação de dependência de uma norma com outra, numa escala crescente, até a norma fundamental (*Grundnorm*), que constitui o fundamento de validade último.⁹ Em outras palavras, o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma mais elevada que, como tal, há de ser pressuposta, pois o fundamento de sua validade não pode ser posto em questão. Todas as normas que podem ser conduzidas a uma mesma norma fundamental integram um sistema de normas, uma ordem normativa.¹⁰

O sistema idealizado por Kelsen capta uma concepção dinâmica das estruturas jurídicas. O critério diferenciador entre o sistema estático e o dinâmico está no princípio segundo o qual se opera a fundamentação de validade da norma. De acordo com esse critério, o sistema estático é aquele em que o fundamento e o conteúdo de validade de suas normas são deduzidos a partir de uma norma pressuposta como norma fundamental. Em tal sistema, a conduta dos indivíduos é considerada como devida (devendo ser) por força de seu conteúdo, e a validade da norma depende da subsunção de seu conteúdo ao conteúdo da norma fundamental. Assim, todas as normas de um sistema estático estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, e podem ser dela deduzidas através de uma operação lógica, a partir do geral para o particular. Já no sistema dinâmico, apenas o fundamento de validade - não o conteúdo de validade - é deduzido a partir da norma pressuposta como norma fundamental, que não tem outro conteúdo senão o de atribuir poder à autoridade legisladora. A norma fundamental tem por conteúdo uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre essa norma fundamental, que se limita a fixar a regra, em conformidade com a qual devem ser criadas as

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1987, p.240.

¹⁰ Idem, p.207.

normas do sistema. Assim, uma norma pertence a um sistema porque é criada pela forma determinada pela norma fundamental, que lhe fornece apenas o fundamento de validade e não o conteúdo de validade. Esse conteúdo só pode ser determinado por quem a norma fundamental confere competência para estabelecer as normas positivas do sistema.¹¹

Segundo Kelsen, a ordem jurídica é essencialmente dinâmica, porquanto a validade de uma norma não se estabelece em função de seu conteúdo, mas em razão da forma por que foi criada, de acordo com a norma fundamental. Em decorrência desse dinamismo, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito, inexistindo qualquer conduta humana que, por força de seu conteúdo, possa deixar de ser conteúdo de uma norma jurídica, que é uma norma posta, positiva.¹²

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o ordenamento jurídico abrange duas espécies de conjuntos: um, que compreende os elementos normativos (as normas) e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos, etc), e outro, que abarca as regras que determinam as relações hierárquicas entre os elementos, formando a estrutura do ordenamento.

Ferraz apreende o caráter dinâmico do ordenamento jurídico a partir do movimento das normas - promulgação, substituição ou perda de atualidade - para se adequar às alterações normadas.¹³ O dinamismo do sistema, todavia, não compromete sua segurança garantida pelo princípio da irretroatividade.¹⁴ Pelo contrário, graças à sua permanente atualização/adequação em face da realidade, o sistema se mantém estável e permanece exercendo sua função normatizadora.

A totalidade estrutural concebida por Luiz Fernando Coelho (normativismo dialético) alcança o direito, produto da criatividade humana, também de forma dinâmica. Essa categoria estrutural materializa-se na norma jurídica, cujo teor normativo é constantemente renovado pela autoridade estatal, em função da própria vida humano-social. O movimento da totalidade estrutural do direito tem início com a enunciação da regra jurídica, comando dirigido ao corpo social; os destinatários recebem a mensagem, adotando condutas que cumprem ou não o comando; o órgão judiciário estabelece a coerência entre a mensagem

¹¹ Idem, p.209.

¹² Idem, p.211.

¹³ **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2011, p.146-147.

¹⁴ Idem, p. 214 e segs.

enviada e a recebida, num processo dinâmico de interpretação, de integração e de aplicação da norma jurídica, que se materializa na sentença.¹⁵

Uma tal concepção dinâmica das estruturas jurídicas, seja quanto ao aspecto formal de elaboração da norma, seja quanto ao processo dialético de sua aplicação, não é incompatível com a função conservadora do Direito nem prejudica seu caráter estabilizador das relações jurídicas. Ao contrário, adequa-se às mudanças naturais que afetam outras estruturas que as instituições jurídicas devem regular. O engessamento do conteúdo de validade em uma norma fundamental não teria possibilitado as transformações por que passaram os institutos da propriedade e do contrato, conforme concebidos pelo liberalismo, cuja noção individualista em face da atividade econômica justificava situar as relações econômicas no campo do Direito Privado. No entanto, a complexidade que tomou conta das relações econômicas, em razão do progresso técnico, refletiu-se de forma significativa sobre as estruturas sociais, chamando o Estado a exercer o papel de conformador da atividade econômica e de garantidor do bem-estar geral, pois já não mais se acreditava que os interesses individualmente realizados pudessem conduzir ao bem comum. Essa missão pôde o Estado Moderno desempenhar no capitalismo, sem que fossem demolidos os pilares do sistema - a propriedade privada e o contrato.

O sistema capitalista retira do direito de propriedade o elemento estático (perpetuação) que o cristalizava ao longo do tempo. A terra, elemento durável, cuja capacidade de produzir e abrigar instalações não desaparece com o uso, tem grande valor econômico, como fator de produção, passando a ser regulada pelo direito de uma forma dinâmica. Já não é mais a propriedade que se constitui para durar, mas o bem negociável, sujeito ao crédito, que se transfere entre múltiplos indivíduos.¹⁶

Políticas econômicas são formuladas, e redefinido o papel do Estado nesse particular: de mero organizador das estruturas políticas, passa o Estado a promovedor da estrutura econômica, com o objetivo de alcançar o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. Surge, assim, a necessidade de uma nova ordem normativa para disciplinar as relações dos indivíduos entre si e entre eles e o

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p.20 e segs.

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1979, p.282.

Estado, pois o complexo normativo do Direito Privado não lograva ultrapassar os limites dos interesses individuais.

A democratização da atividade econômica impõe-se ao Estado como condição para o próprio desenvolvimento econômico, tornando indispensável um quadro normativo que estabeleça limites ao direito de propriedade e à liberdade de contratar. Trata-se de restabelecer a liberdade social de contratar, limitada pelo predomínio dos grandes grupos econômicos.¹⁷

O equilíbrio das estruturas econômicas e jurídicas que compõem o sistema capitalista não pode prescindir de mecanismos que assegurem a estabilidade dessas estruturas, sob pena de comprometimento do próprio sistema. Não há como ignorar a atuação dos fenômenos jurídicos sobre as estruturas econômicas, influenciando as decisões e as opções dos agentes de produção. Nesse particular, a função conservadora da ordem social que exerce o Direito propicia a necessária segurança às relações econômicas.

Muitas vezes, ocorrem descompassos entre as mudanças nas estruturas econômicas e aquelas que sucedem nas estruturas jurídicas. Tais diferenças estruturais, todavia, tendem a se superar, sem que se comprometa o sistema de produção capitalista. Esses descompassos entre as diversas estruturas do sistema não constituem excepcionalidades, pois cada estrutura tem as suas peculiaridades, evoluindo sob a ação de causas diversas. Em algumas, o caráter de permanência é mais acentuado do que em outras. As estruturas psicológicas, por exemplo, nem sempre se transformam com a mesma rapidez com que operam as modificações das estruturas técnicas. Os indivíduos tendem a resistir a mudanças de certos hábitos de consumo ou a alterações no estilo de vida. Por isso que, muitas vezes, a brusca alteração de uma instituição jurídica, como a edição de uma lei que afeta substancialmente os hábitos ou o padrão de vida das classes dominantes, encontra uma forte resistência, correndo o risco de não durar.¹⁸

As alterações das estruturas jurídicas, por outro lado, não devem se antecipar às transformações da vida econômica. Um modelo jurídico que serve a

¹⁷ Idem, p.288.

¹⁸ As instituições integram as estruturas. Toda estrutura tem o seu quadro institucional. Enquanto que as estruturas passam por um processo de evolução, as instituições podem sofrer mudanças bruscas. O conjunto de regras jurídicas que regem as relações entre os indivíduos e organizam a atividade política formam a estrutura político-organizacional de um sistema. O sistema capitalista, que consagra a economia de mercado, tem seu próprio quadro institucional.

uma estrutura econômica pode deixar de ser útil a uma outra, por serem diferentes os estágios de desenvolvimento em que cada uma se encontra. É necessário que haja uma sincronia dos movimentos das várias estruturas do sistema para que ele se mantenha harmônico e coerente. Eventuais descompassos tendem a se compensar ao longo do tempo, não conduzindo à ruptura do sistema.

1.2 ESTRUTURAS ECONÔMICAS

A necessidade de elaboração de uma teoria das estruturas do capitalismo, segundo André Marchal, teria surgido como decorrência das transformações por que passou o sistema após a Primeira Guerra Mundial. A concepção de leis relativas, segundo a qual as leis econômicas são válidas em determinada estrutura ou limite estrutural, em contraposição às leis absolutas, de validade universal, derivou do entendimento dos economistas da época, de que cada estrutura ou cada ambiente econômico poderia induzir a um comportamento-tipo dos sujeitos econômicos e a uma sensibilidade-tipo do sistema em relação às mudanças imprevistas.¹⁹

As estruturas econômicas são definidas por André Marchal como um todo econômico, constituído por um conjunto de elementos que, ao longo de um período determinado, aparecem de forma relativamente estável. Essa concepção dinâmica, segundo o autor, torna possível levar em consideração, no estudo das estruturas econômicas, não apenas os elementos econômicos que as compõem, como também os fenômenos extraeconômicos que sobre elas atuam, e que são objeto de análise de outras disciplinas que estudam o fato social.²⁰

Na verdade, sendo a atividade econômica uma ação social, porquanto se destina a satisfazer as necessidades do homem, não como ser isolado, mas como indivíduo integrado na sociedade, é inegável a influência sobre as estruturas

¹⁹ André Marchal, op.cit. p.50. Segundo André Marchal (Op.cit., p. 50), o pensamento estrutural na economia surgiu com os fisiocratas, notadamente em Quesnay, cuja obra *Tableau économique* (1758) reproduz o modelo da sociedade de sua época, visto na sua totalidade, mas analisado estruturalmente, em seus grupos ou classes, econômica e sociologicamente determinadas. Essa análise, prossegue Marchal, não teria progredido com os clássicos porque inexistiam àquela época grupos ou classes organizadas. Por outro lado, a ausência de estatísticas válidas constituía obstáculo a uma formulação quantitativa, de tal sorte que os esquemas clássicos não poderiam deixar de ser teóricos e abstratos.

²⁰ Idem, p.79.

econômicas dos fatores que compõem as demais estruturas: políticas, jurídicas, físicas, psicológicas e técnicas.²¹

As estruturas econômicas variam de acordo com o progresso técnico e em proporção ao capital acumulado. Maiores lucros propiciam investimentos, que possibilitam a adoção de modernas técnicas de produção e a introdução de novos produtos no mercado. As estruturas técnicas, por sua vez, são influenciadas pelas estruturas jurídicas, pois o fim de toda regulação jurídica é atuar de forma determinante sobre os indivíduos a ela submetidos, impulsionando-os no sentido de adotarem certo comportamento. Assim, os indivíduos se veem estimulados a desenvolver sua capacidade inventiva, à medida que lhes é assegurado o direito de explorar suas invenções.²²

As transformações das estruturas econômicas são, por vezes, retardadas ou até impedidas em razão de resistências opostas pelas estruturas físicas que, não raro, compõem um quadro quase que imutável. Não obstante o esforço humano para dominar a natureza com técnicas cada vez mais sofisticadas, é-lhe impossível resgatar recursos naturais não renováveis ou promover alterações climáticas, em busca, por exemplo, de um melhor desempenho de um certo setor produtivo.²³

²¹ Inversamente, para Marx, as estruturas políticas e jurídicas, que ele reconhece como sendo a superestrutura, é que são determinadas pela estrutura econômica. A teoria marxista adota uma concepção estruturalista da sociedade econômica cuja dinâmica é proporcionada pela interação entre as forças produtivas, o modo de produção e a superestrutura, resultando em conflitos incessantes, que culminam com a revolução. *Marx* distingue a estrutura da superestrutura. A estrutura econômica da sociedade é constituída pelo conjunto das relações de produção, que é o fundamento real sobre o qual se erguem as superestruturas jurídicas e políticas. A superestrutura é a expressão do modo de produção e corresponde a formas determinadas de consciência social. O modo de produção - que é a organização da propriedade, das funções e das classes sociais - constitui fator determinante do processo político, social e espiritual. Ao longo do processo de desenvolvimento, as forças produtivas (condições naturais, técnicas, organização e divisão do trabalho) entram em conflito com as relações de produção vigentes, daí decorrendo o período de revolução social. Em razão das mudanças ocorridas na base econômica, a superestrutura se transforma de forma mais ou menos rápida.

²² STAMMLER, Rudolf. **Economía y derecho**. Madrid: Academia Editorial Reus, 1929, p. 209 e segs. Segundo Stammer, qualquer cominação imposta ao indivíduo ou qualquer imposição que se lhe faça encontrará resistência, pois a essência da regulação implica algo oposto ao desenvolvimento espontâneo, ao processo natural da vida. A norma seria supérflua se não tendesse precisamente a corrigir os impulsos naturais imediatos e os instintos torpes, influenciando sobre o indivíduo de modo determinante, para educá-lo e movê-lo no sentido de um fim nobre, almejado pela comunidade.

²³ André Marchal, p.644 e segs. O autor oferece um detalhado estudo sobre as resistências estruturais.

As estruturas econômicas estão também sujeitas ao impacto das conjunturas. Uma conjuntura de preços baixos pode exigir que os produtores reduzam seus custos ou o valor do capital da empresa, alternativas que tendem à concentração do mercado, pois o modo mais vantajoso de enfrentar essa conjuntura desfavorável pode ser a integração.²⁴

2 ATIVIDADE ECONÔMICA E ORDEM ECONÔMICA

A atividade econômica apresenta-se estruturalmente organizada, compreendendo as ações empreendidas pelo homem para explorar a natureza, com o fim de satisfazer as suas necessidades, tanto de natureza material quanto imaterial.

A tentativa incessante do homem de aprimorar suas condições de vida torna suas necessidades ilimitadas; quanto mais avançado o grau de desenvolvimento de uma sociedade, mais diversificados são os bens de que necessitam os indivíduos e a coletividade. Todavia, são escassos os recursos disponíveis na natureza para suprir as necessidades humanas, surgindo daí o problema econômico - a administração de recursos escassos para suprir necessidades infinitas - cuja solução é um dos desafios que o homem, enquanto ser social, deve enfrentar.

Tal solução exige a organização da atividade econômica no ambiente social, para que a cooperação entre os indivíduos se desenvolva mediante relações estáveis que envolvam um grau mínimo de conflitos. Torna-se, assim, indispensável que essa cooperação seja regulada, tarefa que cabe ao Direito.

A atividade econômica pode ser desenvolvida nos mais diversos setores, abrangendo tanto bens quanto serviços, quer essenciais para o homem, quer de natureza supérflua. A ela podem-se dedicar não só os agentes econômicos privados, como ainda o Estado e entidades paraestatais.

O sentido jurídico da expressão “atividade econômica” pode ser captado a partir da matriz constitucional. Todavia, quando se fala em ordem econômica, é indispensável distinguir a consideração econômica da jurídica.

A consideração jurídica (dogmática) indaga sobre o que é idealmente válido como direito, o correto sentido dos preceitos normativos, com o objetivo de subsumir as situações de fato à norma jurídica. Assimila-se, assim, o fato econômico, cuja explicação científica, causal (aquilo que é) terá validade

²⁴ Idem, p.394.

jurídica, transformando-se em “dever ser”, em conformidade com os elementos ideológicos definidores do ordenamento jurídico. A ordem econômica, numa consideração jurídica, é, então, o que Vital Moreira chama de ordem jurídica da economia.²⁵

A consideração econômica, de forma diversa, apreende as ações humanas que, condicionadas pela necessidade de sobrevivência, orientam-se no sentido de resolver o problema econômico, que se traduz na escassez de recursos para satisfazer infinitos desejos. Nessa linha de consideração, a economia, que é ramo do conhecimento, tem como objeto o estudo e a compreensão dos fenômenos que ocorrem na atividade econômica, investigando-lhes as causas, os efeitos e as relações entre si, em busca de princípios gerais que os possam explicar. Na observação dos fenômenos, pode-se verificar a constante repetição de alguns deles e elaborar leis econômicas que explicarão fenômenos análogos. Tais leis não se comparam às normas jurídicas, que são objetos ideais, pertencentes ao mundo do “dever ser”. Trata-se de leis científicas, explicativas do mundo real, daquilo que é. Sua missão, portanto, não é a de regular a conduta dos agentes econômicos; sua característica explicativa permite-lhe uma função meramente informativa, servindo de referência à adoção de opções econômicas.

Um exemplo de lei econômica é a que explica a variação de quantidades e preços, dispondo sobre as condições necessárias e suficientes ao equilíbrio econômico. Tem a seguinte formulação: quando a procura for superior à oferta, o preço subirá; sendo a oferta superior à procura, o preço cairá; se o preço de venda for superior ao preço de custo, aumentarão as quantidades ofertadas; se o preço de venda for inferior ao de custo, diminuirão as quantidades produzidas. Configurar-se-á uma situação de equilíbrio se, no mesmo mercado e no mesmo momento, produtos iguais ostentarem o mesmo preço de venda, o qual se situará próximo ao preço de custo, de sorte a igualar as quantidades procuradas às vendidas.

Regras e princípios como tais, que têm como objetivo a realização de utilidades, orientam a atividade econômica, compondo uma ordem econômica. Essa ordem econômica, todavia, não existe no vácuo. Não se trata de observar fatos isolados ou atos praticados por um indivíduo, em uma ilha para, depois, ordená-los. A atividade econômica empreendida pelo homem para satisfazer suas

²⁵ Apud Eros Roberto Grau, *op. cit.*, p.50.

necessidades é uma cooperação, pressupondo, assim, uma vida social e a respectiva regulação.²⁶

As normas jurídicas agrupadas, que constituem a regulação da economia social, formam uma ordem jurídica econômica que se encontra estruturada na Constituição Federal, de onde irradiam princípios e regras que irão limitar a atuação do Estado no domínio econômico e orientá-lo na regulação da atividade econômica. Assim, a ordem pública econômica compreende o conjunto de medidas, tanto autoritárias quanto de incentivo, adotadas pelo poder público, com o objetivo de organizar as relações econômicas.²⁷

Farjat distingue a ordem pública econômica da ordem pública do Direito Civil, que seria de natureza negativa e excepcional à regra geral da liberdade de contrato, não abarcando uma noção de exceção. A ordem pública econômica, ao contrário, abrange uma noção funcional ou instrumentalista, que é característica normal das legislações novas que concorrem com o Direito Civil clássico. Em lugar da mera interdição, tem-se uma grande diversidade de técnicas de intervenção, pretendendo uma certa organização da economia nacional, enquanto outras objetivam a proteção de determinada categoria de contratantes, em razão de uma situação de desequilíbrio.²⁸

No plano jurídico, a ordem econômica delinea os contornos da atividade econômica a ser desempenhada pelos indivíduos e pelo Estado, de forma disciplinada pelo Direito Econômico, levando em conta a manifestação dos fenômenos econômicos. Cabe ao Direito Econômico captar a explicação científica desses fenômenos de forma a transformá-los em objeto de relações jurídicas para que, sobre eles, possa incidir o complexo normativo.

É nesse sentido que Max Weber define a ordem econômica como:

[...] a distribuição do poder de disposição sobre os bens e serviços econômicos que se produz consensualmente - *consensus* - segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira pela qual esses bens e serviços são empregados

²⁶ Stammmer distingue a economia *in abstracto* da economia social. A primeira trata da atividade econômica do indivíduo isolado, que busca a satisfação das necessidades da vida, enquanto que a outra diz respeito à cooperação entre os homens, sujeita às normas exteriores, que visa à satisfação das necessidades humanas. Op. cit., p.130-135.

²⁷ Gérard Farjat. **Droit économique**. Paris : Presses Universitaires de France, 1971, p.41.

²⁸ Op.cit., p.42/44.

segundo o sentido desse poder fático de disposição que se apoia sobre o consenso.²⁹

O conjunto de princípios e regras constitucionais, inserido no Título VII da Constituição Federal, identifica a ordem econômica como um sistema capitalista, fundado na livre iniciativa, alçada esta última a princípio fundante do Estado Democrático de Direito (art.1º, IV). A todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ressalvadas as hipóteses previstas em lei (art.170, parágrafo único).

A iniciativa pública na exploração de atividade econômica só é possível quando se tratar de relevante interesse público ou quando o exigir a segurança nacional (art.173). Nos casos em que o Estado deva atuar, submeter-se-á ao mesmo regime das empresas privadas, contratando seus empregados pela legislação trabalhista e pagando todos os tributos incidentes sobre suas atividades, sem qualquer privilégio fiscal (art.173,§1º).

Ao princípio da liberdade de iniciativa integra-se outro, o da valoração do trabalho, de forma que a ordem econômica possa atingir o seu único fim que é a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa integração resultam, necessariamente, restrições a uma interpretação liberal do princípio da livre iniciativa, principalmente no que se refere à liberdade de contratar. Como bem realçado por Washington Peluso Albino de Souza, diante da ordem pública econômica não satisfaz o vago e indeciso princípio de que o contrato é lei entre as partes desde que seu objeto seja lícito, sem que essa licitude esteja vinculada aos dados fundamentais da política econômica. Ademais, assevera o mestre:

[...] adotado o princípio ideológico de que o 'bem' objeto do direito de propriedade deva cumprir função social, modifica-se o sentido de lícito. Quando o proprietário deixa de observar tal função, o direito de propriedade está comprometido, e, assim, os expedientes para vencer a concorrência, embora baseados no direito à propriedade privada, na

²⁹ **Economía y sociedad.** México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p.302.

^{No} original: "[...] *la distribución del poder de disposición sobre bienes y servicios económicos que se produce consensualmente - consensus - según el modo de equilibrio de los intereses, y a la manera cómo esos bienes y servicios se emplean según el sentido de ese poder fático de disposición que descansa sobre el consenso*".

liberdade de iniciativa econômica e de concorrência, condicionam-se ao interesse social, para que sejam lícitos.³⁰

À ordem econômica, assim permeada por valores econômicos e sociais, impõe-se a difícil tarefa de alcançar os objetivos fundamentais da República, que são o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização social, a redução das desigualdades sociais e regionais e o bem de todos, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º).

2.1. AS ESTRUTURAS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O Direito Econômico tem como objeto de estudo a atividade econômica que está estruturalmente organizada, desenvolvendo-se em diferentes estágios - produção, circulação, repartição e consumo de bens, todos eles sujeitos a extensa regulação.³¹

Os bens de que necessita o homem para satisfazer as suas necessidades encontram-se disponíveis na natureza. Alguns são consumidos no estado natural, enquanto outros são transformados pelo próprio homem, que lhes dá uma utilidade nova. Nisso consiste a produção - a criação de utilidades que se faz pelo trabalho do homem, por meio dos elementos e das forças que ele encontra na natureza e dos instrumentos que ele mesmo fabrica.³²

2.1.1 A produção

A produção, manifestação concreta da atividade humana produtiva, só é possível mediante a associação de três fatores: a natureza, o trabalho e o capital.

A terra é o fator natural de maior importância, Trata-se de estrutura física cujas principais características econômicas são a durabilidade, a invariabilidade de sua superfície, a potencialidade produtiva e a capacidade de abrigar instalações. O solo, tanto urbano quanto rural, o subsolo, os recursos minerais, as florestas, as belezas naturais e paisagísticas, os sítios arqueológicos, os recursos naturais energéticos (petróleo, minérios e minerais nucleares, energia hidráulica, o carvão mineral, as energias eólica e solar) são todos bens naturais, disponíveis

³⁰ **Primeiras linhas de direito econômico.** 5. ed. São Paulo : LTR, 2003, p.186.

³¹ O que aqui é tratado como estruturas da atividade econômica é referenciado por Washington Peluso Albino de Souza como institutos regulados pelo Direito Econômico. Refere-se à obra do mestre para um aprofundado estudo sobre o tema. Op. cit., p. 426 e segs.

³² GUITTON, Henri. **Economia política**, vol. 2. São Paulo: Fundo de Cultura, 1959, p.218.

à exploração pelo homem em sua atividade econômica, com as devidas limitações estabelecidas no ordenamento jurídico, decorrentes do princípio da função social da propriedade,³³ expressamente consagrado no art.5º, inciso XXXIII da Constituição Federal, que afasta a concepção individualista da propriedade privada, destacando a sua funcionalidade em prol do bem comum.

O efeito prático que resulta basicamente da funcionalização da propriedade privada é a possibilidade que tem o legislador de levar em consideração interesses outros que não os do proprietário, podendo, em consequência, impor limitações aos direitos de propriedade em benefício dos interesses sociais.

Sob uma perspectiva política, a fruição ilimitada dos direitos de propriedade pode constituir uma ameaça ao poder político e à democracia, porquanto os proprietários comporiam uma classe privilegiada a gravitar em torno do poder, defendendo a proteção de seus próprios interesses em detrimento da coletividade.

O trabalho é o esforço realizado pelo homem para produzir os bens de que necessita para satisfazer as suas necessidades. O processo de produção se desenvolve mediante múltiplas operações que são executadas por diferentes indivíduos especializados em uma ou mais tarefas, objetivando essa divisão de trabalho o atingimento do grau máximo de rendimento.

Nos primórdios do capitalismo, a divisão de trabalho ocorria apenas no âmbito da empresa entre os empregados. Mais tarde, a força de trabalho a ser compartilhada externamente entre empresas, especializando-se os agentes econômicos na produção de partes ou componentes de um certo produto, ou na prestação de um ou mais serviços, ao longo dos diversos estágios da cadeia produtiva. Muitas vezes, a divisão do trabalho leva em conta fatores de natureza espacial, deslocando-se as unidades produtivas para regiões que lhes ofereçam maiores vantagens, como por exemplo, a proximidade de matérias-primas, melhor infraestrutura, condições climáticas e características de solo mais adequadas à atividade empreendida pelo agente econômico.

³³ José Afonso da Silva distingue entre limitação ao exercício dos direitos do proprietário e limitação à estrutura do próprio direito de propriedade. A funcionalização da propriedade afeta o próprio direito de propriedade. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo : Malheiros, 2204, p.280-283.

As empresas multinacionais foram responsáveis pela divisão do trabalho em nível internacional, instalando unidades produtivas em países cujas condições, em termos de mão de obra, abundância de matéria-prima ou grau de desenvolvimento tecnológico, pudessem proporcionar-lhes maior competitividade. A ideia subjacente era a de que a divisão do trabalho tenderia a uma maior eficiência econômica.

O trabalho, enquanto fator de produção, é objeto de política econômica, que deverá ser norteada pelos princípios ideológicos informados pela Constituição, que servem de fundamento ao Estado Democrático de Direito, os quais se acham inscritos no art.1º, incisos III e IV da Carta Federal: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ademais, a política econômica relativa ao trabalho deverá orientar-se pelas regras e princípios inscritos, tanto no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, quanto no capítulo pertinente aos direitos sociais (Título II, Capítulos I e II).

Um dos grandes desafios que o Estado deve enfrentar, através de suas políticas sociais, é a automação resultante dos grandes avanços tecnológicos nos processos de produção, que podem conduzir ao desemprego. Há de se ter em conta que a atividade econômica tem como princípios fundantes o trabalho humano e a livre iniciativa e, como um de seus princípios diretores, a busca do pleno emprego (Art.170, VIII). Nesse contexto, uma política econômica para o desenvolvimento de certo setor industrial, cuja automação redundasse em desemprego, deverá assegurar os necessários mecanismos para a proteção do trabalhador, conforme preconizado no art.7º, inciso XXVII, da Constituição.

O terceiro fator de produção é o capital, que pode ser classificado, quanto à sua duração, em circulante - aquele constituído por matérias-primas, passíveis de total absorção durante o processo produtivo; e fixo - que se compõe das máquinas e instalações, cuja durabilidade permite a sua utilização em sucessivas operações produtivas. Essa diferença é de grande relevância na composição dos custos de produção: os capitais variáveis integrarão o custo do produto, enquanto que os fixos serão diluídos pelo processo de amortização.

Sob o aspecto monetário, o capital pode ser classificado em capital de organização e capital de movimento ou giro. O primeiro é constituído pelos recursos que a empresa aufera mediante a emissão de títulos e se destina à aquisição

de capitais fixos; o segundo é aquele de que se utiliza a empresa para adquirir matérias-primas, remunerar a mão de obra ou equilibrar o seu balanço.

2.1.2 A circulação

A organização dos fatores de produção tem como fim último a colocação do produto no mercado para que, através do consumo, o homem possa satisfazer suas necessidades.

A circulação compreende todos os atos empreendidos com vistas à entrega do produto ao consumidor, seja ele intermediário ou final. Ao deslocamento ou transporte do produto dá-se o nome de circulação física, enquanto que a mudança de titularidade importa em circulação econômica, que inclui a troca ou o escambo, a compra e a venda e o crédito.

Na troca, duas ou mais mercadorias mudam de titularidade entre os permutantes, que acordam os respectivos valores, materializados nas quantidades permutadas de uma ou outra mercadoria. A troca pressupõe, assim, a existência não só de bens a serem permutados, como ainda a possibilidade de satisfação dos interesses recíprocos das partes envolvidas na permuta.

No início da civilização, o intercâmbio econômico era realizado pela troca, permutando-se os excedentes da produção doméstica. As inúmeras dificuldades desse intercâmbio levaram à criação de um meio de troca, a moeda, que passou a ser o principal instrumento da circulação, expressão máxima da liberdade de escolha do consumidor.

Além de meio de troca, a moeda funciona como padrão comum de valores nas transações, quotando os preços dos bens e serviços em determinado mercado, e como reserva de valor, à medida que é guardada para, mais tarde, ser utilizada quando do surgimento das necessidades, assegurando a seus detentores a almejada liquidez.

Foi John Maynard Keynes, um dos mais insígnies economistas deste século, quem percebeu a importância da moeda para o equilíbrio geral do sistema econômico, afirmando que ela servia de ligação entre o passado, o presente e o futuro.

A moeda, como meio de troca, surgiu cunhada em metal, aparecendo, mais tarde, o papel-moeda. Fala-se, então, em moeda material. Com o desenvol-

vimento da atividade financeira, a moeda vai perdendo seu caráter material, adquirindo uma característica fiduciária, com a introdução do cheque e das contas bancárias. Chama-se a essa moeda escritural.

Como reserva de valor, a moeda em si não gera qualquer renda, correndo o risco de perder o seu poder de compra. É, por essa razão, utilizada na aquisição de títulos financeiros, ativos reais e ações, com o objetivo de manter o seu valor.

Surge, assim, o mercado financeiro, constituído pelos bancos comerciais, cujas atividades principais são receber depósitos e conceder empréstimos para a produção ou consumo. As trocas passam a se realizar através do crédito, que transfere para o futuro a contrapartida dos bens dados no presente.

O crédito se materializa em títulos de crédito, como a nota promissória, a letra de câmbio, o cheque, as duplicatas e os *warrants*. O mercado financeiro, com a evolução das trocas, vai tornando-se cada vez mais complexo, impondo-se o controle do Estado sobre os meios de pagamento, a emissão de moeda, o crédito e as taxas de juros, com vistas ao pleno emprego, ao crescimento econômico e a preços estáveis.

2.1.3 A repartição

Para que haja produção, é indispensável a conjugação de três fatores: a natureza (terra), o trabalho e o capital, recebendo cada qual a sua remuneração. Remunera-se a terra com a renda ou com o aluguel, o trabalho, com o salário e o capital, com os juros e o lucro.

A renda decorre, então, da participação dos indivíduos no processo produtivo e, na economia de mercado, está sujeita às forças da oferta e da procura, o que implica, necessariamente, em desigualdade, pois o mercado é um verdadeiro sistema de seleção.

Os diversos indivíduos da sociedade capitalista auferem rendas diferenciadas por razões várias. Uns, porque detêm um grau maior de educação e formação profissional; outros, porque dispõem de um talento nato; outros ainda, porque receberam heranças; outros tantos, porque a sorte lhes bateu à porta; e outros mais, porque obtiveram fortuna por meios escusos.

A justa repartição das rendas tem sido, ao longo da história econômica, uma das maiores preocupações de filósofos e teóricos, constituindo o grande desafio a ser enfrentado pelo Estado em sua tarefa apaziguadora dos conflitos

sociais. Os princípios da equidade e da justiça social têm justificado a atuação do Estado no domínio econômico, mediante a adoção de políticas de redistribuição das rendas obtidas no processo produtivo, com base no princípio da solidariedade. É o caso das rendas de transferência ou sociais, que não estão vinculadas diretamente a uma contraprestação de serviços, como seguro-desemprego e outros tantos benefícios que tenham como objetivo minimizar as diferenças sociais, assegurando-se aos indivíduos uma existência digna.

Com efeito, a Constituição Federal elegeu como um dos objetivos fundamentais da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art.3º), assegurando ao trabalhador um salário mínimo capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7º, IV). Os salários, ademais, deverão ser reajustados periodicamente, de modo a preservar o poder aquisitivo dos assalariados. Não obstante a ideologia constitucional, a realidade dos fatos insere o Brasil dentre os países mais injustos no tocante à distribuição de renda.

As políticas econômicas que visam mais comumente à redistribuição da renda são aquelas relativas ao salário mínimo, ao estabelecimento de preços mínimos para os produtos agrícolas, ao controle dos aluguéis, à incidência desigual de impostos sobre os agentes econômicos, à participação do empregado nos lucros da empresa e à destinação de recursos para a prestação de serviços de saúde, de educação e de habitação para a população de renda mais baixa.

A preocupação constitucional com a justiça social e os objetivos a que se propõe a República de erradicar a pobreza e de reduzir as desigualdades sociais consubstanciam exigências jurídicas de uma melhor distribuição do produto interno bruto, razão por que os formuladores das políticas econômicas deverão levar em conta os princípios norteadores da ordem econômica que a Constituição cuidou de estabelecer.

2.1.4 O consumo

Consumir é fazer uso de alguma coisa. O consumo constitui a última etapa da evolução da atividade econômica, podendo ser produtivo, quando faz desaparecer o produto, dele obtendo-se outro (insumo), ou improdutivo, quando se limita à satisfação de uma necessidade.

A produção e o consumo constituem as duas vertentes fundamentais da economia de mercado, pois é da interação entre produtores e consumidores que se estabelece o que será produzido e a que preço.

O consumo passou a desempenhar papel de relevância na análise do equilíbrio geral da atividade econômica a partir de John Maynard Keynes. Contestando a teoria clássica, segundo a qual a oferta cria o consumo, Keynes atribuiu à demanda (consumo) papel fundamental para o sistema econômico. Afirmava que o equilíbrio econômico não seria alcançado através do livre jogo das forças do mercado nem as eventuais anomalias seriam corrigidas automaticamente pelos mecanismos do sistema de preços livres, como pretendiam os clássicos. O Estado deveria intervir na economia com o objetivo de promover o equilíbrio econômico, controlando a moeda e o crédito de sorte a influir sobre a preferência pela liquidez; estimulando os investimentos privados, mediante a realização de grandes obras públicas e, enfim, adotando políticas tributárias e de seguridade social, com o objetivo de fomentar o consumo, que passava, assim, a ser a mola propulsora do sistema econômico.

Segundo Keynes, o equilíbrio geral seria uma função do nível da renda nacional e como esta é constituída do montante do consumo acrescido dos investimentos privados e públicos. Assim, caberia ao Estado manter esse equilíbrio, através de políticas econômicas voltadas para o consumo e para os investimentos, de sorte a elevar a renda nacional ao nível desejado, com vistas ao pleno emprego.

Os agentes do consumo são os consumidores, cujas necessidades ilimitadas serão satisfeitas ou insatisfeitas mediante decisões econômicas baseadas em sua renda. Muitas vezes, no entanto, sua escolha é induzida por medidas de política econômica, que encorajam ou desencorajam o consumo de certos bens ou serviços.

As políticas econômicas destinadas ao consumo não se limitam, todavia, às questões macroeconômicas, tendo surgido nas últimas duas décadas, na grande maioria dos países industrializados, legislações específicas de proteção aos direitos do consumidor em suas relações de consumo com os fornecedores de bens e serviços e com o próprio Estado, nessa qualidade.

No Brasil, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8.079, de 11 de setembro de 1990, entrou em vigor em 11 de março de 1991, como con-

criação da norma constitucional que determina a proteção dos consumidores, insere na categoria dos direitos individuais e coletivos, e do princípio da defesa do consumidor, consagrado na ordem econômica.

O Código define o consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art.2º).

A proteção legal ao consumidor não se limita a normas de repressão ou à responsabilidade civil dos agentes da produção, da distribuição e da venda de produtos e serviços, tendo o Código delineado toda uma política de relações de consumo para que a defesa do consumidor se efetive da forma mais ampla.

Essa política, cujo objetivo é o bem-estar do consumidor, tem como princípios: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações do mercado; ações governamentais que visem a uma proteção eficaz; harmonização dos interesses das partes nas relações de consumo, de sorte a compatibilizar a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico; informação e educação dos segmentos do mercado da oferta e da demanda; incentivo ao controle de qualidade dos produtos; coibição e repressão às condutas lesivas aos consumidores; racionalização e melhoria dos serviços públicos; e o estudo constante das alterações do mercado de consumo.

No plano institucional, além de órgãos do Executivo Federal, dos Estados e Municípios, os consumidores contam, ainda, para a defesa de seus direitos, com associações, cuja criação deve ser estimulada pelo Estado, pelo Ministério Público e pelas varas especializadas do Poder Judiciário.

3 AS ESTRUTURAS DE MERCADO E SUA REGULAÇÃO

A produção, a circulação e o consumo de bens e serviços desenvolvem-se no mercado, camada estrutural da atividade econômica. A expressão “economia de mercado” denota o modo de produção capitalista.

O mercado é o local onde são adquiridos os fatores de produção que, combinados, resultam no produto final, que ali é vendido ao preço vigente, cuja função básica, sob a ótica do agente econômico, é a de orientar a utilização racional do capital na alocação de recursos, para que serviços e bens sejam produzidos, em quantidades compatíveis com a capacidade de absorção da demanda.

Caracteriza-se o mercado pela impessoalidade, objetividade e anonimato. Como observa Max Weber, é a relação prática de vida mais impessoal entre os homens; orientado pelo interesse nos bens, objeto da troca, desconsidera a pessoa, não nutrido, assim, qualquer sentimento de piedade ou reconhecendo qualquer obrigação fraterna.³⁴

A organização estrutural do mercado constitui a viga mestra de sustentação da nova teoria da concorrência. Já não mais se considera o mercado atômico, difuso, no qual as decisões individuais não afetam a produção agregada e os preços, mas uma nova realidade econômica, que é a grande empresa, cujas dimensões não se restringem a um só mercado.

Stalkeberg reconhece nove estruturas de mercado, em função do número de partícipes: concorrência perfeita (um grande número de compradores e vendedores); monopólio (um grande número de compradores e apenas um vendedor); monopsônico (um grande número de vendedores e apenas um comprador); monopólio bilateral (apenas um vendedor e um comprador); quase-monopsônico (um único comprador e um pequeno número de vendedores); quase-monopólio (um único vendedor e um pequeno número de compradores); oligopólio (um pequeno número de vendedores e muitos compradores); oligopsônico (um pequeno número de compradores e muitos vendedores); oligopsônico bilateral (um pequeno número de compradores e de vendedores).³⁵

À exceção do mercado em que vigora a concorrência perfeita, os demais se caracterizam por uma pequena quantidade de compradores ou de vendedores, significando isso que tanto a demanda quanto a oferta de bens ou serviços podem ser objeto de concentração econômica.

André Marchal oferece um esquema estrutural da oferta e da demanda, distinguindo três categorias: atômica; molecular; e monolítica.

Segundo Marchal, as demandas e ofertas são atômicas quando emanam de uma multiplicidade de indivíduos que compram ou vendem no mercado uma quantidade de produtos que é muito pequena em relação à quantidade total disponível. Tal estado inviabiliza qualquer ação, quer da parte dos ofertante, quer do lado dos demandantes, que possa influenciar os preços.

³⁴ Op. cit., p. 209.

³⁵ José Paschoal Rossetti. **Introdução à economia**. 15. ed. São Paulo : Altas , 1991, p.11 e segs.

Essas ofertas e demandas atomísticas, prossegue o autor, podem se transformar em moleculares, a partir de agrupamentos que se formam por associação voluntária ou por eliminação, resultando na substituição da pluralidade de indivíduos ofertantes e demandantes por um número limitado de compradores e vendedores. Essa transformação molecular permite que cada ofertante ou demandante contribua de forma substancial na oferta ou na demanda global, tornando-o apto para agir eficazmente sobre o nível de preços, mediante a variação de sua parcela de oferta ou demanda.

Afirma ainda Marchal que a associação molecular pode fazer cessar a concorrência, porquanto os compradores ou vendedores, em número reduzido, podem-se unir para formar um cartel ou truste, constituindo, assim, a terceira categoria - monolítica.³⁶

Quando a oferta ou a demanda deixam de ser atomísticas, entra-se no campo da concorrência imperfeita, que comporta as situações diversas, acima mencionadas.

A estrutura do mercado constitui fator essencial a ser considerado na avaliação do desempenho dos agentes econômicos, pois o grau de concorrência baliza a conduta das empresas, na busca do equilíbrio e da maximização do seu lucro.

Em uma estrutura concorrencial, o preço de mercado serve de referencial ao agente econômico, que buscará o nível de produção que lhe assegure o maior lucro. Esse nível é aquele em que a diferença entre os custos totais e a receita total for a maior. Ao preço de mercado, o agente econômico poderá vender as quantidades que desejar, estando elas, no entanto, limitadas à sua capacidade instalada. Se nada produzir, seu prejuízo equivalerá ao custo fixo total, aquele em que incorre o agente, se estiver produzindo ou não.

3.1 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES SOBRE AS ESTRUTURAS DO MERCADO

A concorrência perfeita se define essencialmente pela atomicidade da oferta e da demanda e pela respectiva fluidez. Atomística é a demanda ou a oferta que emana de uma multiplicidade de indivíduos que, no mercado, buscam ou ofertam uma pequena quantidade de produtos, cuja relação com a quantidade

³⁶ Op. cit., p. 615.

total é inexpressiva. Tal situação constitui fator impeditivo ao exercício de uma ação individual para determinar preços.

Para a teoria clássica, o interesse pessoal, a atomicidade da economia e a não intervenção do Estado são premissas que correspondem à realidade. No entanto, os dados em que se baseiam não são extraídos de uma realidade concreta, observável; são dados escolhidos de maneira intuitiva e conceitual, ignorando-se as variáveis. Assim, não se concebe o homem agindo de outra forma, que não racionalmente, sob o impulso de seu interesse pessoal.

Na pretensão de elaborar um modelo que tivesse validade geral, os economistas clássicos não levaram em conta as estruturas do mercado e as transformações a que se submetem no espaço e no tempo. Variáveis não foram consideradas diante de uma concepção estática do mundo, sendo o homem reduzido a “[...] um sistema de curvas de indiferença, estabelecidas fora de todo contacto social”, [...] e “[...] se prende à realização do interesse pessoal que decorre dessas curvas, com uma obstinação e uma lógica jamais equivocada”³⁷.

A estrutura do mercado e seus reflexos na concorrência despertaram um proficiente debate entre adeptos de duas correntes doutrinárias: o estruturalismo econômico e a Escola de Chicago, ambas construídas a partir do modelo neoclássico, da concorrência perfeita, segundo o qual a interação de múltiplos agentes determina o preço de certo produto e a quantidade a ser produzida.

Preconizam os neoclássicos que, sendo os recursos móveis e divisíveis, os agentes podem entrar e sair dos mercados em resposta às mudanças na demanda. Atitudes racionais conduzem os agentes à eficiência para se tornarem competitivos e auferirem maiores lucros. Sob as condições da competição perfeita, os preços são iguais aos custos marginais de longo prazo, a oferta equivale à demanda e os mercados são transparentes. Quando qualquer dessas condições não se faz presente, a concorrência perfeita deixa de existir.

Esse modelo de mercado é enaltecido pelas duas doutrinas que, no entanto, divergem quanto às condições para o seu adequado funcionamento.

³⁷ Jean Marchal. **Le mecanisme des prix**, Paris, 1948, p.10, apud André Marchal, op. cit., p.614.

3.1.1 Os estruturalistas

Para os estruturalistas, o objetivo primacial de uma lei de defesa da concorrência é a prevenção da concentração industrial ao argumento de que a concentração econômica constitui a base da monopolização. Estrutura de mercado e comportamento dos agentes econômicos são fatores necessariamente relacionados, pois são as estruturas concentradas que propiciam a adoção de condutas colusórias e de estratégias comerciais anticompetitivas.

Marc Allen Eisner sintetiza com muita propriedade as linhas mestras das duas doutrinas. Transcreve texto de Joe Bain, expoente do estruturalismo, extraído da obra *Industrial Organization*, afirmando que, quanto mais concentrado o mercado, maior é a tendência de ação concertada para se alcançar a maximização do preço, e menor o incentivo para que os agentes adotem políticas individuais de concorrência.³⁸

Os estruturalistas veem com reserva as economias de escala que, para boa parte dos economistas, justificariam o nível de concentração em certos setores econômicos. Acreditam, ao contrário, que as condições oligopolísticas isolam os agentes econômicos das forças do mercado, que são as verdadeiras molas propulsoras da inovação tecnológica e da eficiência. Em razão do controle discricionário que podem exercer sobre os preços e a produção, os oligopólios não são forçados pelo mercado a adotar economias de escala. Operam, em geral, com baixos níveis de produção e altos preços, promovendo uma incorreta alocação de recursos, não obtendo, por isso, as vantagens da economia de escala.³⁹

Segundo ainda os estruturalistas, de acordo com Eisner, as estruturas concentradas caracterizam-se também pela resistência à entrada de novos concorrentes. As vantagens que detêm as empresas que já estão operando no mercado, tais como o efetivo controle sobre técnicas de produção, fatores de produção e redes de distribuição, funcionam como um mecanismo de proteção de suas posições, constituindo verdadeiras barreiras à entrada de concorrentes potenciais, à medida que elevam os custos de entrada no mercado. A concentração econômica, creem os estruturalistas, não seria um mal para a concorrência se não fora pela existência de barreiras, fator que possibilita aos agentes aumentarem os

³⁸ EISNER, Marc Allen. **Antitrust and the triumph of economics**: institutions, expertise, and policy change. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991, p.100.

³⁹ *Ibidem*.

preços acima dos custos médios de produção, sem que novos concorrentes sejam atraídos a esses mercados.⁴⁰

Eisner atenta para as restrições que fazem os estruturalistas quanto aos vultosos gastos em publicidade efetuados pelas empresas de um mercado concentrado, na tentativa de condicionar o comportamento do consumidor, no sentido de pagar um pouco mais por determinada marca do que comprar um produto mais barato. Essa tendência publicitária, segundo os estruturalistas, deslocaria os recursos que seriam investidos em pesquisa e desenvolvimento para as campanhas de publicidade. A diferenciação do produto que, sem dúvida, é um elemento concorrencial importante, com a função de informar o consumidor, para que ele possa fazer a sua melhor escolha, pode ter um efeito perverso sobre a concorrência, pois as empresas, para venderem mais o seu produto, ao invés de reduzirem seus preços, para conquistarem maiores fatias de mercado, investem em campanhas publicitárias.⁴¹

Ademais, inovações tecnológicas em tais mercados são, em geral, prejudicadas, porquanto os acordos tácitos de preços, que ali são comuns, pressupõem uma certa homogeneidade dos produtos.⁴²

Eisner comenta ainda a relação que os estruturalistas traçam entre a concentração e a tendência inflacionária. Afirmam que, à medida que os preços são fixados bem acima dos custos, o impacto na inflação é inegável. Ademais, esse tipo de estrutura propicia uma melhor organização e uma maior mobilização das forças de trabalho, possibilitando a negociação de salários inflacionários. Por outro lado, nos períodos de deflação, os agentes tendem a reduzir os seus preços com mais lentidão, em virtude de contratos de longa duração que, frequentemente, adotam em suas operações. Tal atitude, segundo afirmam, contribui para a extensão dos períodos de inflação.⁴³

Por último, dizem os estruturalistas que os lucros excessivos dos setores concentrados importam uma perversa transferência de renda do consumidor para as empresas e seus acionistas. Em consequência, nos países de estrutura industrial concentrada, é significativa a desigualdade na distribuição da renda.⁴⁴

⁴⁰ Idem, p. 101.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Idem, p.102.

⁴³ Idem, p.101.

⁴⁴ Ibidem.

Em suma, para os estruturalistas, o mercado concentrado e protegido por barreiras é condicionante do comportamento dos agentes econômicos, cujas condutas afetam o desempenho da economia como um todo. Como o mercado não é capaz de resolver todos os problemas econômicos, o Estado deve adotar mecanismos de intervenção visando à competição, à estabilidade econômica e à eficiente alocação de recursos.

Os métodos estruturalistas têm a vantagem de aferir a existência ou não de posição dominante, servindo para prevenir a formação de mercados concentrados, pois a estrutura é, sim, fator determinante da conduta anticoncorrencial, como assente hoje na doutrina majoritária, tanto que, em todas as jurisdições dos países industrializados, é feito o controle dos atos de concentração econômica, com o objetivo de prevenir manifestações de abuso de posição dominante.

Os estruturalistas, no entanto, reviram a sua posição inicial e passaram a ser mais condescendentes com as integrações verticais, chegando mesmo a qualificar muitas delas como benignas. Ademais, passaram a atribuir mais relevância àquelas transações que resultassem em elevados índices de concentração horizontal em determinado mercado.

A posição estruturalista possibilitou uma fecunda discussão sobre as atribuições do Estado na ordem econômica, diante da ineficácia de certos mecanismos do mercado, até então tidos como autossuficientes e autorregulados. Com efeito, se o mercado não se mostrava apto para alcançar a eficiência econômica, impunha-se a adoção de políticas públicas para assegurar o seu correto funcionamento, o que efetivamente fizeram todos os Estados Nacionais industrializados, em maior ou menor grau, inclusive o Brasil, como se verá adiante, na busca de se promoverem valores outros que não só a eficiência econômica.

3.1.2 A doutrina da Escola de Chicago

Na década de 1970, o estruturalismo passou a ser questionado pela Escola de Chicago,⁴⁵ que, revisando a teoria liberal do livre mercado, elegeu a eficiência econômica como o valor supremo e fim último da concorrência.

⁴⁵ A "Escola de Chicago" compreende um grupo de juristas e economistas da Universidade de Chicago, não se limitando, porém, seus adeptos, àquela instituição. Dentre os mais proeminentes juristas podem ser citados Richard A. Posner e Robert H. Bork.

Os teóricos da Escola de Chicago acreditam que a análise adequada do mercado concorrencial se faz através da teoria dos preços. Consagrando o princípio liberal da racionalidade, que orienta o agente econômico na constante busca da maximização dos lucros, sustenta a Escola que o mercado, em razão de seu autoequilíbrio, é o local onde os fatores de produção são combinados da maneira mais eficiente, e as perturbações que eventualmente ocorram são naturalmente corrigidas ao longo do tempo.

A concentração econômica é uma simples decorrência do jogo das forças do mercado, sendo elas o fator determinante da dimensão da empresa. A eficiência é a medida exata do mercado e as empresas que operam de maneira mais eficiente fatalmente afastarão suas concorrentes. Nessa esteira, altos índices de concentração e o exercício do poder de mercado podem ser indicadores de eficiência, e não de falta de concorrência.

De acordo com o princípio da racionalidade, a empresa que crescer mais do que o necessário para se tornar eficiente, ou que fixar seus preços acima de seus custos ou dos preços de seus concorrentes, será punida pelo próprio mercado. No entanto, se a empresa promover inovações tecnológicas, ou oferecer um produto superior, ao mesmo custo de seus concorrentes, será premiada pelo mercado.

Em suma, para os seguidores da Escola de Chicago, a prosperidade da empresa está em operar a custos mais baixos do que os de seus concorrentes, e a eles se igualar no preço de venda. Se crescer mais do que o necessário para tornar-se eficiente, o mercado cuidará de eliminá-la, se ela não ceder às pressões internas e externas para que seja reestruturada.

Eisner se reporta ao teste da sobrevivência, formulado por George Stigler, seguidor da Escola: para se determinar a escala de produção mais eficiente, é preciso observar apenas o tamanho das empresas que sobreviveram ao processo competitivo; a situação que resultar é o melhor indicador da que realmente deveria existir.⁴⁶

No tocante à conduta anticoncorrencial, a Escola acredita que os agentes econômicos só adotam determinadas estratégias porque buscam maior eficiência. Se essas estratégias funcionarem, é sinal de que a atuação foi eficiente.

⁴⁶ Marc Allen Eisner, *op. cit.*, p.100.

Não vê a Escola mal algum nas concentrações verticais, pois com elas busca o produtor minimizar incertezas, assegurando-se os recursos necessários à produção e os canais de distribuição. As verticalizações, porém, passam a ser uma ameaça para a concorrência quando envolvem um monopolista de matéria-prima com um agente produtor que detenha posição dominante.

São severamente censuradas pela Escola as condutas colusórias de fixação de preços, bem como as demais práticas horizontais em restrição da concorrência. Os cartéis devem ser o alvo da lei antitruste porque visam apenas reduzir a produção e aumentar os preços.

Por fim, acreditam os teóricos de Chicago que a intervenção do Estado é um movimento estranho ao mercado, adicionando-lhe mais ineficiência, em razão, principalmente, de uma burocracia pouco orientada e de difícil controle, sujeita, ainda, a toda sorte de pressões. Se o objetivo da concorrência é o de promover a eficiência e o bem-estar dos consumidores, deve ser minimizado o papel do Estado, fazendo-se da desregulamentação um dos objetivos prioritários dos formuladores de política econômica.⁴⁷

O grande mérito da Escola de Chicago foi a adoção, que resultou de seu posicionamento, da análise econômica tanto pelas agências administrativas que aplicam a legislação de defesa da concorrência mundo afora, quanto pelas cortes judiciais.

A posição dos juristas da Escola de Chicago fixa-se em torno da teleologia da Lei Sherman, com base no entendimento de que a única interpretação cabível é a que privilegia o bem-estar do consumidor, que só pode ser alcançado através da eficiência econômica. Negam, assim, qualquer outro objetivo da lei, seja a liberdade individual, a proteção às pequenas empresas ou qualquer outro valor político ou social. Para os seguidores da Escola, os objetivos múltiplos da lei podem acarretar uma incerteza jurídica, com prejuízos para a empresa, para o consumidor ou para o mercado.

O que a Escola de fato pretende é transformar os modelos econômicos em parâmetros de interpretação da lei antitruste, posição que é criticada pela falta de consenso entre os próprios economistas quanto aos modelos de eficiência. Assim, ainda que a interpretação fosse meramente econômica, não se alcança-

⁴⁷ Idem, p.105-107.

riam a certeza e a objetividade almejadas. Outro grande mérito da Escola de Chicago foi questionar a aplicação da regra “*per se*” a certas condutas, como, por exemplo, a manutenção do preço de revenda, pugnano pela utilização da regra da razão.

O fato é que a Escola de Chicago ensejou a discussão econômica em torno das questões concorrenciais trazidas à apreciação das cortes, que necessitavam de “*standards*” bem definidos para suas decisões, com o suporte da análise econômica.

Observe-se, porém, que a tentativa dos doutrinadores de Chicago de transformar a eficiência econômica em único fim da legislação antitruste, afastando os objetivos políticos e sociais, não foi acolhida pelas cortes norte-americanas, que continuaram a proferir decisões com base em outros valores sociais.

A doutrina difundida pela Escola Chicago só passou a ser objeto de estudo no Brasil a partir dos anos 1990, devido à influência das políticas neoliberais adotadas aqui e alhures naquele período. Sua utilização em nosso ordenamento jurídico teria de enfrentar a resistência já consolidada em nossas cortes contra a aplicação de princípios outros que não aqueles positivados na Constituição ou derivados dos valores nela consagrados, os quais não encontram muita ressonância em um mercado supostamente eficiente e autorregulado, mas que não consegue realizar o projeto constitucional de uma sociedade justa, livre e solidária.

CONCLUSÃO

A liberdade econômica é inerente ao sistema capitalista. A ascensão econômica da burguesia modifica as estruturas feudais fazendo surgir uma nova ordem econômica, fundada na iniciativa privada, que evolui para o sistema capitalista que hoje se conhece. À medida que o capitalismo evolui, torna-se se necessária a organização da estrutura econômica, o que demanda a participação do Estado para propiciar o desenvolvimento e a segurança do próprio sistema capitalista. Assim, por meio das mais variadas políticas econômicas, vai sendo limitada a noção de liberdade econômica, incentivando-se a concorrência entre os agentes econômicos, em prol dos interesses da sociedade.

A Constituição brasileira de 1988, à feição daquelas proclamadas nos países do Ocidente após a Segunda Guerra Mundial, não assumiu uma postura

neutra em relação às questões econômicas. Ao contrário, incorporou aos temas até então considerados meramente econômicos as noções de justiça social e dignidade humana. Em um conjunto de dispositivos, estruturou uma ordem econômica organizada pelo Estado, em que se verifica uma série de restrições ao princípio da liberdade de iniciativa.

Percebe-se que a ideologia constitucionalmente adotada revela o capitalismo como o sistema econômico adotado no Brasil, que tem como base a iniciativa privada, cuja liberdade de ação deve ser assegurada nos termos da lei, e o trabalho, que é um direito inalienável de cada brasileiro. Não se trata, porém, de um regime capitalista infenso à regulação estatal. Ao contrário, capital e trabalho são considerados valores sociais, concebidos pela Constituição de forma harmônica, para que sejam alcançados os objetivos fundamentais da República previstos no art.3º da Carta Maior, principalmente o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A atividade econômica no sistema capitalista pressupõe a acumulação do capital, fazendo surgir a grande empresa sob o imperativo do avanço tecnológico e das grandes escalas de produção e da necessidade de diversificação de linhas de produto, tendo em vista o objetivo de maximizar lucros. Desse processo resulta a concentração econômica, que provoca alterações profundas nas estruturas da atividade econômica, cuja organização estrutural se impõe ao Estado, porquanto os mercados são espaços públicos, onde se manifestam não só as capacidades empreendedoras dos indivíduos para atender às necessidades da sociedade, como também o poder econômico, cuja contenção, por meio de limites jurídicos, é indispensável para que não se constitua em fonte de dominação, capaz de frustrar os objetivos políticos do Estado nacional de garantir uma ordem econômica justa a uma sociedade livre.

É a política econômica, objeto de estudo do Direito Econômico, que determinará as opções do Poder Público no trato dos fenômenos de mercado que ocorrem no processo criador da atividade econômica estruturada juridicamente, tendo em vista a finalidade da ordem econômica constitucional, que é a dignidade da pessoa humana conforme os ditames da justiça social. A noção da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva econômica, vincula-se à de bem-estar econômico, razão por que não se pode considerar eficiente uma economia que

não consiga distribuir a riqueza nacional de forma mais equânime entre aqueles que contribuem para a sua formação e aqueles que, por uma série de razões, com nada podem contribuir.

Tendo em vista o princípio da dignidade humana, que se firma como finalidade da ordem econômica, a atividade econômica que se desenvolve de forma estruturada no mercado capitalista não constitui mais mero fenômeno econômico neutro para a sociedade. Na verdade, sua juridicização deveu-se, basicamente, a três motivos: um, de natureza econômica, que se refere à promoção da eficiência econômica e do bem-estar social, que só podem ser alcançados por meio de uma adequada alocação de recursos, tendo em vista os interesses da sociedade; um outro motivo é de natureza sociológica, que se vincula à legitimação das decisões econômicas que devem ser livremente tomadas por todos aqueles envolvidos na atividade econômica – empresários, trabalhadores e consumidores – cujos interesses devem ser compatibilizados em prol da paz social; e, por último, há uma evidente motivação política, na medida em que a regulação da atividade econômica constitui tentativa legítima de se submeter a controle legal o poder econômico, para que ele não se sobreponha ao poder político ou aos interesses da sociedade. Nesse sentido, a maximização dos lucros não pode decorrer de um poder econômico arbitrário, pois, frustrados, estariam os fins pretendidos pela atividade econômica juridicizada.

A atividade econômica organizada estruturalmente facilita a tarefa conformadora do mercado pelo Direito Econômico aos interesses sociais, possibilitando o acompanhamento de cada estágio da produção, a fim de identificar os fenômenos econômicos implicados no inadequado funcionamento dos mercados e avaliar as possibilidades regulatórias necessárias à superação dos conflitos entre os poderes públicos, em defesa da sociedade, e o poder econômico privado, na busca da maximização de suas vantagens.

Tal estruturação permite ao Estado, em conformidade com a Constituição, adotar políticas econômicas que privilegiem a liberdade dos mercados e protejam a propriedade privada, não se abstendo, contudo, de coibir a formação de monopólios e a concessão de privilégios, de incentivar a concorrência nos vários estágios da atividade econômica, de promover a adequada regulação da prestação de serviços públicos e daqueles particulares de interesse social, como os relacionados às questões da saúde e da educação, por se tratarem de atividades

tipicamente desempenháveis pelo poder público, mas abertas à iniciativa privada, e de outras tantas atividades econômicas que podem ser desenvolvidas tanto pelo poder público quanto pelo particular.

A regulação das estruturas econômicas pelo Direito Econômico não é tarefa fácil, porquanto sempre envolverá alguma disputa entre valores e interesses naturalmente divergentes, defendidos pelas partes envolvidas. A regulação se apresenta, então, como uma forma de arbitramento, na medida em que tem a pretensão de estabelecer limites jurídicos e influir sobre o comportamento dos indivíduos de modo determinante, no sentido de orientá-los ao bem comum perseguido pela comunidade, superando-se, assim, os conflitos.

Com efeito, o comportamento dos agentes econômicos da produção no mercado se caracteriza pela impessoalidade, objetividade e racionalidade, pois as decisões econômicas não são tomadas de acordo com critérios éticos, mas sim, econômicos, racionais, perseguindo-se um objetivo único, que é o lucro. As relações de mercado se desenvolvem da maneira mais impessoal e objetiva possível, razão por que se tem buscado imputar aos agentes econômicos a responsabilidade objetiva pelos seus atos que afetem concorrentes e consumidores.

Se de um lado há a exigência de que as relações privadas entre os agentes econômicos no exercício da atividade econômica sejam estruturadas de tal forma a excluir o arbítrio, de outro, deve o Estado, em sua atividade reguladora, reger-se por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, variáveis em função da natureza de cada atividade econômica. Isso porque, apesar de as manifestações do poder do Estado na atividade econômica por meio de políticas econômicas de múltiplas dimensões serem a expressão do poder econômico público em defesa do interesse social, não são elas imunes a imputações de abuso de poder, sobretudo quando a regulação é neutra para o interesse social, mas onera o particular, ou quando beneficie determinados grupos em detrimento de outros.

Por fim, ao se conceber a atividade econômica como uma estrutura dinâmica que sofre transformações decorrentes de mutações progressivas ou de mudanças bruscas, influenciada por outras estruturas, não se pode deixar de se considerar indispensável que a política econômica seja capaz de flexibilizar as regras que a moldaram, para não se tornar obsoleta, ineficaz ou até mesmo produtora de efeitos nefastos para a economia do País.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**, vol.14. Lisboa : Editorial Presença, 1970.

BOBBIO, Norberto [et al.]. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORREIA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro: o societarismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

EISNER, Marc Allen. **Antitrust and the triumph of economics: institutions, expertise, and policy change**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991.

FARJAT, Gérard. **Droit économique**. Paris : Presses Universitaires de France, 1971.

FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2001.

GUITTON, Henri. **Economia política**, vol.2. São Paulo: Fundo de Cultura, 1959.

GURVITCH, Georges. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Livraria Kosmos Editora, 1946.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1987.

MARCHAL, André. **Systèmes et structures économiques**. Paris : Presses Universitaires de France, 1959.

MARÍAS, Julian. **A estrutura social: teoria e método**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1955.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1979.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo : LTr Editora, 2003.

STAMMLER, Rudolf. **Economía y derecho**. Madrid: Academia Editorial Reus, 1929.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

A NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO NA EUROPA

Fernanda Mathias de Souza Garcia

Pós-graduada em Direito Comunitário (Universidade de Roma II “Tor Vergata”) e em Direito Administrativo (Universidade Católica de Brasília). Professora e mestranda em Políticas Públicas no UniCEUB, membro do Conselho Penitenciário do Distrito Federal e assessora de Ministro no Superior Tribunal de Justiça.

O presente estudo reside em percorrer o caminho no qual se desenvolveu a noção e os limites do serviço público na Europa, cuja conceituação é imprescindível para o próprio reconhecimento da existência do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito. O intuito é revelar o nascedouro do instituto e sua evolução no continente europeu, a partir de uma visão histórica e sociológica da própria existência do Estado.

A falta de um elenco “natural” de serviços públicos expõe a problemática, razão pela qual se fala em crises relacionadas ao seu “verdadeiro” significado. Ademais, não raro, as leis não o definem de forma taxativa. Sob esse prisma, os doutrinadores propagam intermináveis tentativas de formulação de um único conceito, às vezes, muito amplo, outras, demasiadamente reduzido. Ademais, não se olvida que até mesmo a localização geográfica da prestação do serviço influencia na delimitação conceitual do tema.

Com o nascimento do Estado moderno, fruto da Revolução Francesa (1789), assegurou-se por meio do liberalismo a autoregulação do mercado (*laissez faire, laissez passer*). Contudo, a partir da Revolução industrial, com o crescimento das reivindicações sociais, o Estado liberal cedeu lugar à intervenção do Estado na economia. A partir do surgimento dos denominados direitos de 2ª geração, relacionados à solidariedade social, impôs-se ao Estado a efetiva

prestação de serviços, com a finalidade de satisfazer anseios de uma sociedade em mutação. É preciso enfatizar que tais atividades nem sempre interessavam à iniciativa privada, porquanto pouco lucrativas.

Nos anos pós-guerras mundiais houve verdadeiro alargamento na maioria dos países europeus do campo de atividades definidas como serviços públicos, as quais também englobariam aquelas comerciais e industriais, dantes assumidas por particulares, a exemplo do transporte público, da iluminação, do abastecimento de água e de gás. A necessidade de reconstrução do continente europeu ensejou a criação das empresas públicas, caracterizadas por forte intervencionismo estatal.

Ressalte-se, todavia, que os países anglo-saxões – calcados no *common law* – vivenciaram situação diversa, já que as prestações de serviço público permaneceram sob a tutela das empresas privadas, meramente reguladas por um Estado gestor, em um regime de livre concorrência, conhecida como doutrina do *public utilities*.

É possível afirmar-se que o conceito de serviço público nasceu a partir da interpretação conferida ao instituto pelos tribunais administrativos, em especial o Conselho de Estado Francês, como ensina o professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Marcello Caetano:

Logo nos primórdios da Revolução em 1790, os legisladores interpretaram o princípio da separação de poderes como implicando a absoluta abstenção dos tribunais judiciais de intervir na atividade administrativa. As queixas que esta atividade suscitasse da parte dos particulares deveriam ser apreciadas e resolvidas por órgãos da própria administração agindo, não como superiores a quem se recorre por via hierárquica, mas como juízes da legalidade do ato impugnado.¹

O debate sobre a noção de serviço público ocupou uma posição central na jurisprudência francesa por pelo menos meio século, a exemplo dos emblemáticos casos franceses Blanco (1873), e *Societè Commerciale d'Ouest Africain* ou *arrêt Bac d'Eloka* (1921). Tais discussões incentivaram a fixação de um critério de atribuição de competência ao juiz administrativo, o que foi de grande valia para a própria autonomia da disciplina de direito administrativo.

¹ Tendências do direito administrativo europeu. RDP- Revista de Direito Europeu – RDP. ano I, julho-setembro de 1967, vol.I, p. 26.

Assim, o Direito Administrativo francês desponta, a partir da crescente importância da jurisprudência do Conselho de Estado Francês (órgão do Executivo), cujo núcleo essencial é o **princípio da legalidade** administrativa, em razão da preocupação originária de defesa dos direitos individuais.

O surgimento da Escola Francesa de Serviço Público, cujo expoente principal foi Léon Duguit, foi determinante para a conceituação do serviço público. Nela se defendia que, no lugar da soberania estatal, dever-se-ia admitir um Estado fundado exclusivamente em uma corporação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes, indispensável para a realização ou desenvolvimento da interdependência social.

Nessa esteira, ensina Marcello Caetano:

A submissão da Soberania do Direito Natural, revelado e afirmado em cada indivíduo cuja personalidade assume um valor fundamental na Ordem jurídica, **permite a limitação efetiva de toda a autoridade pública transformada em mera magistratura exercitante de uma função transcendente**. É a raiz do liberalismo, em cuja filosofia se gerará o ideal do Estado de Direito.²

Jacques Chevallier, citado por Mônica Spezia Justen, destaca que o serviço público foi elevado na França à altura de um verdadeiro **mito**, sobre o qual se apoia a identidade coletiva e ameaçá-lo de extinção seria considerado **um ato de sacrilégio**, que poderia atingir os fundamentos do Estado e ferir a unidade nacional.³

O artigo 9º do preâmbulo da Constituição francesa de 1946, ao vedar que os monopólios nacionais pudessem ser confiados às empresas privadas, corrobora a afirmação de que a prestação do serviço público na França era “questão de Estado”, *verbis*: “Todo bem e toda empresa cuja exploração possua ou adquira os caracteres de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato deve passar a ser propriedade da coletividade.”

Percebe-se que o *service public à la française* propaga uma ideia de contornos extensos e ilimitados. Apesar da inegável e confessada influência francesa no

² Tendências do direito administrativo europeu. *Revista de Direito Europeu – RDP*, ano I, julho-setembro de 1967, vol. I, p. 26.

³ JUSTEN, Mônica Sepzia *Noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Editora Dialética. 2003, p. 73.

aparecimento de sistemas administrativos em outros países no início do século XIX, deve-se reconhecer que nem sempre o direito daí decorrente recebeu o mesmo espírito, o que se pode perceber a partir das acepções de serviço público que se passa a tratar. Os países delimitaram o significado de serviço público dentro de suas fronteiras, uma vez que o *service public à la française* era muito amplo e abarcava todas as atividades do Estado.

Segundo Marcello Caetano, **em Portugal**, o Direito Administrativo valorizou o localismo, reduzindo-se a problemas municipais no século XIX por meio da regulação da participação democrática dos cidadãos na gestão dos interesses coletivos nas comunidades locais, com fulcro na política local e querelas eleitorais.⁴

O professor ensina que “[...] foi em 1832 que se tentou a implantação na monarquia portuguesa de um sistema de administração centralizado sob o comando governamental e norteado por leis próprias cuja observância ficasse subtraída à fiscalização dos tribunais comuns”.⁵ Tal tentativa suscitou viva reação nacional e não vingou.

O primeiro **Código Administrativo português, publicado em 31.12.1836**, manteve a hierarquia de autoridades locais ligadas ao governo (magistrados administrativos) e regulou a escolha pelo sufrágio dos membros dos conselhos locais e dos nomes incluídos em listas, a partir das quais o governo designaria os magistrados paroquiais e municipais, e ainda discriminaria as atribuições das autarquias locais.

Dessa feita conclui-se que, em Portugal, o Direito Administrativo estava organizado por meio de normas destinadas a garantir a participação democrática dos cidadãos na gestão administrativa local.

Em **1870**, cria-se naquele país o Supremo Tribunal Administrativo como órgão superior do contencioso administrativo, o qual em nada se confundiria com o Conselho de Estado francês, uma vez limitar-se a emitir **meros pareceres**, que, uma vez homologados pelo Governo, eram transformados em “Decretos sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo”. **A tendência descentrali-**

⁴ Tendências do direito administrativo europeu. **Revista de Direito Público - RDP** ano I, vol. I, Julho-Setembro de 1967, p. 28.

⁵ Tendências do direito administrativo europeu. **Revista de Direito Público - RDP**, ano I, vol. I, Julho-Setembro de 1967, p. 27.

zadora do Direito Administrativo português se contrapõe sobremaneira à centralizadora francesa.

Vital Moreira, ao comentar os serviços públicos na Constituição portuguesa, tece os seguintes comentários:

É surpreendentemente exíguo o lugar dos serviços públicos na Constituição portuguesa. Na versão originária estava totalmente ausente qualquer referência aos serviços públicos no extenso capítulo constitucional dedicado à economia. Falta nomeadamente algo como o art. 175º da Constituição brasileira de 1988 [...]

Só mais tarde é que a expressão ‘serviço público’ apareceu na Constituição, a propósito do ‘serviço público de rádio e de televisão’ (CRP, art. 38, na redação oriunda da revisão constitucional de 1989- ‘o Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão’). Mais tardiamente ainda foi inserida no texto constitucional a expressão ‘actividades de interesse económico geral’, já sob nítida influência da nomenclatura comunitária europeia, como fundamento de regulação e supervisão pública da iniciativa económica privada nessas áreas.

Os serviços públicos constituem seguramente uma componente integrante da cláusula do ‘Estado social’ compreendida no princípio da ‘democracia económica e social’, referida no art. 2º da CRP. Os serviços públicos pertencem à infra-estrutura material do princípio do Estado social. Por isso, para além dos direitos sociais que requerem a existência de serviços públicos (de saúde, de educação, de segurança social, etc), também os serviços públicos económicos gozam de garantia constitucional por aquela via, o que impede a sua total despublicização, pelo menos quanto à garantia legal de ‘obrigações de serviços público’, que assegurem a todas as pessoas certas prestações materiais, como condição de um mínimo garantido de bem-estar existencial.⁶

Percebe-se que o Direito Administrativo português evoluiu no sentido de um direito regulador da participação dos cidadãos na administração.

⁶ MOREIRA, Vital..*Revista de Direito Público de Economia - RDPE*, ano 1, n.1, jan-mar./2003, p. 244-245.

Por sua vez, as origens do Direito Administrativo italiano encontram-se no ordenamento jurídico piemontês que, sob dominação da França, foi profundamente influenciado pelo Direito francês elaborado a partir da era napoleônica. Assim como na França, à jurisdição comum incumbiam as questões oriundas dos atos de gestão, enquanto ao juiz administrativo restaria a apreciação de questões relativas aos atos de autoridade.

Nesse sentido, consta do “Novissimo Digesto Italiano” que “*si affermò così um sistema rigido di separazione di competenze giurisdizionali fra Consiglio di Stato e tribunali ordinari in merito agli atti amministrativi da un lato e agli atti ‘paritari’ della pubblica amministrazione dall’altro [...]*”⁷

Essa solução, obviamente, não contrastava com aquela do ordenamento positivo francês. Vejamos, então, outras características da noção de serviço público no Direito italiano, que passou pelo menos por três fases: **a primeira, com a assimilação do direito francês e predomínio da acepção subjetiva; a segunda, com a elaboração de um conceito residual e negativo a partir da ideia de função pública e a terceira, com a vinculação da ideia de serviço público à atividade econômica.**

No início do século XX, optou-se na Itália pela adoção de um critério subjetivo para determinar a competência do juiz especial que se fixaria a partir da divisão relativa aos atos administrativos ‘autoritativos’ de um lado, sujeitos à jurisdição do Conselho de Estado, e os atos ‘paritários’ de outro, adstritos aos tribunais ordinários. Essa noção resume a um único o critério de identificação de serviço público, a saber, **a atividade emanada da Administração não poderia configurar manifestação de um ato de autoridade (ato autoritativo)**. Como explica Giannini: eram serviços públicos as atividades de **instrução pública, correios, ferrovias, mas não as de polícia, forças armadas, diplomacia (atos de Estado)**.

Em 1903, todavia, houve a municipalização da noção de serviço público em decorrência de um movimento de inspiração socialista que reclamava o alargamento das funções socioeconômicas das **comunas**. A lei de municipalização (Lei n. 103) tentou identificar as atividades típicas de “serviço público”, como se extrai da lição de Mônica Spezia Justen:

⁷ Conceito de *servizio public.*, **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XVII, Editore Torinese, p. 217.

A municipalização dos serviços públicos significou a assunção da propriedade e a gestão de empresas prestadoras de serviços públicos por parte de um governo local (comuna) ou por um conjunto de comunas. **A lei de municipalização tinha por escopo proteger o interesse coletivo em face de empresas cujo objetivo fosse somente a atividade empresarial de fim lucrativo em setores concebidos como de interesse coletivo.** O serviço público tinha uma acepção de atividade econômica. A citada municipalização representou, desse modo, uma progressiva política de **intervenção pública na economia**, que se intensificou com o advento das guerras mundiais.⁸ (grifou-se).

Esse tipo de ingerência social visava proporcionar uma melhora nas condições materiais na vida dos cidadãos – assim, **se a comuna (província ou município) julgasse ser alguma atividade de interesse público em grau elevado poderia assumir tal prestação como serviço público.**

Nesse sentido, cite-se o Novissimo Digesto Italiano:

[...] il profilo della teoria del servizio pubblico che interessò gli studiosi italiani fu quello organico-materiale, perchè offriva la possibilità di classificare sulla base di un concetto giuridico unitario una parte dell'attività che si andava estendendo con l'assunzione da parte dello Stato e degli enti pubblici minori di nuovi compiti sociali ed economici, e di spiegare nel contempo il sempre più vasto fenomeno della disciplina pubblica di attività economiche imputabili a soggetti privati, realizzato attraverso lo strumento formale della concessione amministrativa.

Nè va dimenticato che proprio mentre nasceva ad opera della giurisprudenza francese la nozione giuridica di service public, ferveva in Italia il dibattito politico sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, cioè sull'attribuzione ai Comuni (e alle Province) di attività economiche che incidavano, in larga misura, sulle comunità locali.⁹ (grifou-se).

A municipalização, todavia, foi obstada a partir dos anos de 1930 com o aparecimento do **fascismo**. Houve a adoção de princípios autoritários e a abolição de postulados democráticos na organização dos órgãos administrativos,

⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. **Noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 80.

⁹ Conceito de *servizio pubblico*. **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XVII, Editore Torinese, p. 217.

inclusive com intervenção do Estado na vida social, econômica e moral dos cidadãos.

Após o fim da guerra, houve a assunção de algumas atividades econômicas de relevância nacional pelo Estado transformando alguns serviços públicos locais em serviços públicos nacionais, geridos diretamente pelo Estado, por entes públicos especiais ou por concessionárias de serviço público (telefonía e empresas de eletricidade nacionalizadas em 1962).¹⁰

As dificuldades de aplicação da concepção subjetiva de serviço público resultaram na valorização da ideia representada por um **conceito objetivo**.

De Valles, no início do século XX, elaborou a seguinte noção jurídica de serviço público: “[...] é toda atividade imputável direta ou indiretamente ao **Estado** (aspecto orgânico), voltada a fornecer **prestações** (aspecto funcional) aos cidadãos considerados **singularmente**”¹¹ (grifou-se).

A identificação do serviço público como a prestação destinada ao cidadão *uti singuli*, e não mais a sujeitos quantitativa e qualitativamente indefinidos, representa um aspecto funcional ou material peculiar do Direito italiano, e que o difere claramente do Direito francês.

É a lição que se extrai do Novissimo Digesto Italiano:

*Due elementi polarizzano l'attenzione della dottrina, e segnatamente del De Valles, nel precisare una nozione giuridica di servizio pubblico utile per l'ordinamento italiano: l'imputabilità, diretta o indiretta, dell'attività allo Stato o ad un ente pubblico e la destinazione dell'attività a favore degli amministrati. Servizio pubblico è, per il De Valles, **un'attività imputabile, direttamente o indirettamente, allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini**. Il concetto di **prestazione** rappresenta il tratto peculiare della ricostruzione del De Valles, che la differenzia nettamente dai modelli francesi, ma ne rappresenta anche il punto debole, almeno come elemento per costruire giuridicamente l'istituto del pubblico servizio. Una volta stabilito, dal punto di vista soggettivo che titolare del servizio pubblico in senso proprio può essere sol-*

¹⁰ JUSTEN, Mônica Sepzi. **Noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 81.

¹¹ JUSTEN, Mônica Sepzia **Noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 81.

*tanto lo Stato o um privato concessionário, l'aspetto organizzativo perde rilievo, tanto più che non presenta dati tipizzabili al di fuori della concessione o della gestione diretta, mentre l'attenzione si concentra sul fatto che il servizio deve essere prestato al cittadino uti singuli*¹² (grifou-se).

Essa visão que vincula a noção de serviço público às prestações destinadas aos particulares é inovadora em relação ao direito francês e defendida por De Valles e Renato Alessi, professores que remetem, pela vez primeira, o conceito à ideia de utilidade.

Importante mencionar que, na mesma esteira, Renato Alessi elaborou uma noção de serviço público fundada na denominada teoria das prestações administrativas, também centrada na relação entre titular do serviço e usuário. Tal definição de sentido estrito se diferenciava da aceção ampla, que envolveria espectro maior de atividades tipicamente administrativas, como as de ordem jurídica e de segurança social.

A posição é confirmada pela seguinte lição de Alessi:

*In senso ampio e generico si intende per servizio pubblico l'attività della Pubblica Amministrazione diretta ad assicurare ogni sorta di utilità ai consociati, cioè, tanto l'utilità rappresentata dall'ordine giuridico (ad es. mediante il servizio di iscrizione delle ipoteche) e sia di ordine economico-sociale in relazione ai bisogni fisici, economici, intellettuali dei cittadini: ad es. mediante i servizi di trasporto, di illuminazione pubblica, di trasmissione radiofonica, e così via. Con ciò sostanzialmente si viene a **mutare** la nozione di servizio pubblico dalle scienze economiche e finanziarie nelle quali essa è appunto intesa come attività diretta genericamente a soddisfare i bisogni pubblici.*

*In senso già più ristretto e tecnicamente preciso, la nozione sta ad indicare le attività rivolte a fornire **utilità ai cittadini, sia di ordine giuridico sia di ordine economico-sociale.***

Ocorre peraltro in tale nozione distinguere ancora due specie di attività:

*Da un lato le attività **dirette a procurare utilità generiche ai cittadini uti universi**, senza la possibilità di distinguere la*

¹² Conceito de *servizio pubblico*. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, Editore Torinese, p. 217.

quantità di utilità di cui ciascuno cittadino viene a fruire.

Dall'altro le attività dirette a procurare specifiche utilità a determinate cittadini i quali se valgono del servizio offerto dall'amministrazione: attività, cioè, le quali si risolvono in un vantaggio goduto dai cittadini uti singuli.

Questa distinzione dei servizi pubblici in servizi goduti dai cittadini uti universi, e servizi goduti uti singuli, è rilevante in quanto che soltanto in relazione ai secondi è possibile configurare l'attività amministrativa come prestazione amministrativa ai privati in senso tecnico, vale a dire intendendo in senso tecnico la nozione di prestazione: attività personale oggetto di un rapporto di carattere obbligatorio intercorrente tra due soggetti; giacchè soltanto nel caso dei servizi pubblici goduti dai cittadini uti singuli è possibile configurare un concreto rapporto giuridico avente ad oggetto l'attività amministrativa oggetto del servizio intercorrente tra l'amministrazione che esplica il servizio ed il privato che ne gode¹³ (grifou-se).

Por sua vez, Zanobini diverge quanto à questão do destinatário do serviço por entender que o serviço público é qualquer prestação de utilidade realizada por um ente público, independentemente se dirigida a cidadãos genericamente considerados, *uti universi*, ou singularmente considerados, *uti singuli*. Dessa feita, para o renomado professor italiano, importaria na conceituação o **sujeito gestor da atividade, e não o destinatário do serviço, a saber, os cidadãos, uti singuli ou uti universi.**

Des Valles, por sua vez, para explicar a existência de atividades **privadas** de interesse geral, sujeitas à regulamentação e ao controle público, criou a categoria de serviços públicos **impróprios ou virtuais**. Essas atividades desenvolvidas por particulares e sujeitas a um regime público especial foram chamadas de “serviços públicos de interesse público” ou em “vias de declaração”, e mereceriam regulamentação especial por representarem uma categoria de prestações não atribuídas e não assumidas pela administração, mas sim realizadas por meio de autorização ou licença, a saber: serviços de farmácia, de táxis, alguns tipos de transportes e escolas privadas; atividades bancárias ou de seguros, instituições

¹³ **Principi di Diritto Amministrativo, I, I Soggetti Attivi e l'esplicazione della Funzione Amministrativa.** Terza Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1974, capítulo: I Servizi pubblici e le prestazioni amministrativi ai privati, pág. 462.

sanitárias ou assistenciais privadas e até mesmo serviços de turismo, cuja gestão é totalmente privada ou privatizada.

Em razão da complexidade do tema, Giannini criou outra vertente quanto ao conceito em análise, a saber, a **teoria do ordenamento setorial**, para a qual “[...] os serviços públicos são atividades objetivamente qualificáveis, que prescindem da titularidade”, desde que represente uma ‘função pública’, ou seja, um ordenamento setorial, dirigido e controlado pelo poder governamental. O conceito de serviço público vislumbrado por Giannini ligava-se às atividades econômicas revestidas de interesse público, que **seriam controladas mediante normas programáticas**.

A teoria do ordenamento setorial encontra hoje melhor acolhida, em especial, quanto à submissão de certos segmentos empresariais à autorização para atuação e sujeição à égide de um poder regulatório por um órgão ou entidade. No Brasil, poder-se-ia dizer que seria o caso dos despachantes e das universidades privadas.

A doutrina italiana inovou ainda no conceito de serviço público a partir de uma concepção penalística. O atual Código Penal italiano prevê em seus artigos 358, §2º e 357, § 2º as definições que se seguem:

- Art. 358, §2º: “serviço público é uma **atividade** disciplinada da mesma forma que a **função pública**, mas caracterizada pela falta de poderes típicos desta última, excluído o desenvolvimento das simples atribuições de ordem e de prestação de obra meramente material.”

- Art. 357, § 2º: “considera-se função pública administrativa aquela disciplinada por normas de direito público e por atos administrativos, caracterizada pela formação e pela **manifestação da vontade** da Administração Pública e por seu desenvolvimento por meio de **poderes autoritativos e certificativos**” (grifou-se).

É o caráter publicístico que definiria o qualificador penal de serviço público, ou seja, **só aquele sob um regime especial é que importaria para fins penais, noção mais vasta e diversa daquela vislumbrada por De Valles, sempre fixado no conceito de prestação individualizada e imputada diretamente ou indiretamente ao sujeito público.**

A noção perpassa pela tendência de associar o conceito de administrador ou pessoa equiparada a tal figura (*incaricato di pubblico servizio*), que é uma qualidade do autor do crime, à função pública.

Oportuno ressaltar que o Brasil se inspirou nessa ideia quando se preocupou com o abuso do poder, bem como com a violação da função pública (arts. 327 do CP e 2º da Lei de Improbidade – n. 8.429/92).

Finalmente, a Constituição italiana de 1948 **fundou-se em princípios democráticos do poder público, reconheceu a autonomia das coletividades locais, protegeu as liberdades tradicionais e tutelou uma série de direitos sociais**. Nos arts. 41 e 43 trouxe à baila a discussão acerca da noção de serviço público, a partir de uma concepção liberal de administração, compreendida como uma **atividade econômica** (à luz da Lei de Municipalização 103). A liberdade de empresa foi protegida pelo art. 41, § 3º, tanto como prerrogativa da iniciativa privada, quanto da atividade pública, no sentido de que os dois setores teriam condições de **realizar a solidariedade social** (bem diferente da noção subjetiva, dantes mencionada).

Adere-se à concepção objetiva de direito público (muito bem aceita na doutrina italiana), ligada mais ao **interesse público**, do que ao sujeito que efetivamente exerce a atividade.

A crítica que se impõe diz de perto à indefinição e amplitude do conceito.

O serviço público seria uma:

[...] *clausola generale che si riferisce ad un fenomeno i cui indici di esistenza saranno individuati, a seconda dei casi, dal legislatore o dall'ente locale territoriale e in fine riesaminati, sotto il profilo della ragionevolezza, dal giudice costituzionale o dal giudice amministrativo*¹⁴.

Segue mais uma vez explicação extraída do Novissimo Digesto Italiano:

Nell'art. 43, Cost., come nell'art. 1 della legge del 1903, si fa riferimento ad attività economiche che incidono direttamente sulla collettività e che, per questa loro caratteristica possono essere esercitate dallo Stato, da enti pubblici e da soggetti comunitari. Nell'accezione di questi articoli servizio pubblico non è un istituto giuridico, ma un'attività economica susce-

¹⁴ Conceito de *servizio pubblico*. **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XVII, Editore Torinese, p. 220.

*tibile di dare occasione a determinati procedimenti giuridici che hanno per fine di identificare i soggetti più idonei a gestire l'attività stessa.*¹⁵

Nesses termos, é o juiz ou a autoridade administrativa quem definirá o serviço público, porquanto conceito mutável em relação a diversas fases da consciência pública e da doutrina econômica, política e social.

Essa complexa noção é sistematizada no Novissimo Digesto Italiano, nos moldes seguintes:

*Tirando la fila di tutti il discorso possiamo concludere che nel nostro ordinamento esistono due nozioni di pubblico servizio: a) una rilevante ai fini penali che attiene ad ogni attività accessoria e strumentale nei confronti dell'esercizio di una pubblica funzione; b) l'altra rappresentata da una clausola generale che fa rinvio ad un'attività economica incidente in via diretta sulla collettività e che, sotto il profilo giuridico, rileva per legittimare l'inizio di un procedimento giuridico che ha per fine il mutamento dei titolari dell'attività stessa.*¹⁶

Já no Direito espanhol, a noção de serviço público foi inserida primeiro na **doutrina e, num segundo momento, na legislação.**

A necessidade em disciplinar os contatos dos administrados com os órgãos da administração central levou em 1889 à publicação da lei de bases sobre **procedimento administrativo**, depois regulamentada em numerosos textos.

Durante a ditadura de Franco (1936 a 1975) o Direito Administrativo filiou-se à acepção orgânica de serviço público, ou seja, **subjéctiva, vinculada à titularidade estatal**. É dizer, o serviço público era definido de forma **discricionária** pela Administração.

A Espanha também adota uma jurisdição administrativa, contudo, sua competência é delimitada em virtude de outro conceito, que não o de serviço público, qual seja: **o ato administrativo**.

Na verdade, a concepção espanhola rompeu com a sua origem francesa, porque a noção de serviço público não era o núcleo do Direito Administrati-

¹⁵ Conceito de *servizio pubblico*. **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XVII, Editore Torinese, p. 219.

¹⁶ Conceito de *servizio pubblico*. **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XVII, Editore Torinese, p. 221.

vo, mas apenas parte do todo, “**um dos fins do Estado**”, que existe para atender ao interesse coletivo.

A consagração institucional da noção de serviço público ocorreu na Espanha com a incorporação do conceito no **Código Civil de 1889**.

Por sua vez, a doutrina divergiu quanto à noção de serviço público constitucional, com duas concepções principais: uma restritiva (somente se trata de serviço público quando se fala de atividade essencial de prestação, reservada à esfera pública) e uma ampla (tudo é público e a participação dos particulares só seria possível mediante algum tipo de autorização ou de concessão).

Importante citar a polêmica doutrinária entre os dois principais juristas espanhóis, a saber, Villar Palasí e Garrido Falla. O primeiro entendia que o Estado deveria ter como atuação finalística atender o bem comum e, portanto, a gestão econômica não estaria englobada no conceito. Para o autor, à intervenção do Estado na economia aplicar-se-ia exclusivamente o direito privado. Nesse sentido, introduz uma quarta classificação de atividade administrativa, a saber: a intervenção do Estado na economia, o que não se confundiria jamais com serviços públicos.

Oportuno citar o entendimento exposto:

*La visión jurídica tradicional española se define en dos palabras: titularidad y monopolio públicos. Ao menos desde que Villar Palasí acuñó el término **publicatio**, por tal se entiende la asunción de una actividad por el sector público con la que se excluye toda inmisión no consentida en él. Una vez efectuada la publicatio solo son válidos los títulos administrativos en un sector que se ha presentado también como de ‘regalía monopolística’. Los servicios públicos son, así, un monopolio legal, una titularidad pública y un sector excluido a la iniciativa privada salvo habilitación (por concesión o autorización) expresa. En otras palabras, el campo propio de los servicios públicos es el del art. 128.2 de la Constitución, que como se recordará prevé la ‘reserva de servicios esenciales al Estado..’¹⁷*

Sob a mesma perspectiva, Gaspar Ariño Ortiz apresenta conceito estrito de serviço público, **que não se confundiria com polícia ou fomento**. Sua con-

¹⁷ MARTINEZ, Juan Miguel de la Cuétara. **Perspectivas de los servicios públicos**. Espanha: Marcial Pons, 1997. p. 69.

cepção de serviço público “[...] aquela atividade própria do Estado ou de outra Administração Pública, de **prestação positiva**, com a qual, mediante **um procedimento de Direito público (direito de exigi-la judicialmente)**, assegura-se a execução regular e contínua, através da organização pública ou por delegação, de um serviço técnico indispensável para a vida social” – **sempre se revela um regime de direito público**.

Em contraposição, Garrido Falla consideraria o conceito de forma ampla e elástica, incluindo os serviços econômicos prestados diretamente pelo Estado. Para o autor, era desnecessário criar uma nova figura jurídica para qualificar atividades econômicas de interesse público desenvolvidas pelo Estado. É dizer, considerava a gestão econômica como integrante do conceito de serviço público.

A partir da leitura da obra de Fernando Garrido Falla, intitulada “*Las transformaciones del Regimen Administrativo*”, capítulo I, *La indeterminación del concepto clásico de servicio publico*, datada de 1954, é possível tecer as seguintes ponderações:

a) a crise atual do conceito de serviço deriva da própria indeterminação do conceito clássico de serviço público, cuja amplitude propiciava que qualquer tipo de atividade fosse considerado como tal;

b) adota uma classificação tripartite acerca das formas de atividade administrativa: **polícia, estímulo à iniciativa particular (fomento) e serviço público** (aquele que a iniciativa privada não provê convenientemente, e cujas necessidades ou utilidades públicas são absorvidas por uma empresa “gestionada”, seja direta ou sob controle estatal, submetida total ou parcialmente ao regime de Direito Público exorbitante do comum). Ou seja, o autor subdivide em quatro as atividades públicas, já que arrola a intervenção na economia como forma residual de serviço público.¹⁸

Garrido Falla propõe, portanto, que o serviço público espanhol deva ser compreendido sob uma perspectiva **técnica e não burocrática**, definindo-o como “[...] **um serviço técnico** prestado ao público de um modo regular e constante mediante uma organização de meios pessoais e materiais cuja titularidade

¹⁸ La indeterminación del concepto clásico de servicio publico. In: *Las transformaciones del regimen administrativo*. Madri: cap. I, 1954, p. 137-156.

pertence a uma Administração pública, sob um regime jurídico especial” – **podendo existir serviço público sob regime jurídico privado.**¹⁹

Em 1978, por meio de uma nova ordem constitucional, a Espanha implanta um modelo social, fundado na solidariedade, na distribuição de renda e na prestação de serviços vitais aos cidadãos.

O texto constitucional espanhol passou a assegurar ao cidadão a titularidade de um verdadeiro direito subjetivo abstrato em reclamar judicialmente a implantação efetiva de determinado serviço público, limitando a própria discricionariedade administrativa e os possíveis abusos das autoridades estatais.

Quanto ao ponto específico, cite-se o entendimento de Eduardo Garcia de Enterría, no seu Curso de Derecho Administrativo II:

Em principio, cualquier decisión de la Administración en esta materia, ya se refiera a la creación o no creación del servicio, a su supresión o reforma, a la calidad o cantidad de sus prestaciones, a la admisión al mismo de sus eventuales usuarios, a la ampliación o mejora de los servicios ya establecidos, o a cualquier otra cuestión relativa a su funcionamiento concreto, o, incluso, la falta de toda decisión cuando haya mediado una petición previa del particular, según la técnica del silencio administrativo negativo que ya conocemos, es susceptible de ser controlada por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa a través del correspondiente recurso ²⁰ (grifou-se).

O referido autor enumera decisões jurisprudenciais no sentido da responsabilização do Estado pela **má prestação do serviço** a partir de 1969 e propõe uma reconstrução da atividade prestacional do Estado, que deve observar a lei e a Constituição, cujas normas acerca de serviço público não podem ser entendidas como meramente programáticas, mas como obrigações pragmáticas. É dizer, se a lei não fixar os “*standards*” incorrerá em inconstitucionalidade por omissão. A mencionada posição gera uma valiosa quebra de paradigma quanto ao tema.

Registre-se o art. 128.2 da Constituição Espanhola, que estabelece:

¹⁹ JUSTEN, Mônica Sepzia. **Noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 115.

²⁰ **Curso de derecho administrativo**, Tomo I, 14.ed. Madrid: SL. S.L. Civitas Ediciones, 2008, p.80.

Reconhece-se a iniciativa estatal na atividade econômica. Mediante lei, poderá **reservar** ao setor público recursos ou serviços essenciais, especialmente no caso de monopólio, como também autorizar a intervenção de empresas, quando assim o exigir o interesse geral (tradução livre. Grifou-se).

Assim, na Espanha, é o legislador quem vai selecionar as matérias reservadas ao setor público, sob a perspectiva teleológica da prestação do serviço público, que é a finalidade pública, e cujos destinatários seriam os cidadãos igualmente considerados.

Na Espanha, como o Direito Administrativo é, sobretudo, **um direito de garantias dos administrados mais do que um direito de ação administrativa**, torna-se especialmente importante a definição do regime jurídico dessas atividades, da regulação e da posição da Administração diante do binômio liberalização e garantias dos direitos dos usuários. Daí a importância dos princípios da regularidade e da continuidade da prestação como elementos distintivos do serviço público.

Juan Miguel de La Cuetara Martinez salienta a necessidade de se avaliar o contexto do custo benefício para a ação do Estado:

Ninguna sociedad contemporánea puede prescindir de los servicios públicos. Puede prescindirse de su gestión directa por empresas nacionalizadas; puede prescindirse de una buena parte de los actuales servicios hipertrofiados; puede prescindirse incluso – aunque resulta ya muy dudoso – del control político estatal, situándolos bajo la dirección de cuerpos públicos realmente independientes; lo que no puede desaparecer es la idea misma de servicio público. El alumbrado de las ciudades, el abastecimiento de aguas o el alcantarillado son sistemas de los que no pueden desinteresarse las colectividades locales; y el sistema sanitario o de asistencia social – por no citar el mundo de los transportes o telecomunicaciones – no pueden ser totalmente ajenos al Estado. Las fórmulas de organización pueden ser diversas a los gestores pueden ser totalmente privados, si se abomina definitivamente del capitalismo de Estado; pero los servicios deben estar siempre ahí, a disposición de los usuarios y bajo la garantía de la colectividad.

Lo que hemos de hacer es corregir los errores del pasado. La década de los noventa está, em mi opinión, llamada a alum-

*brar un importante movimiento de identificación exacta de lo que son y de lo que no son auténticos servicios públicos y de lo que significa esta calificación. El auge de la economía de mercado así lo impone.*²¹

O estudo na Alemanha alcança importância quando em 1870/1880 criam-se os tribunais administrativos e, nesse contexto, nasce o próprio Direito Administrativo germânico como ramo autônomo. Seu principal expoente, Otto Mayer, foi **influenciado pelo sistema francês**. Todavia, em razão do modelo do Bem Estar social que se servia de instrumentos do direito privado, a doutrina francesa caiu em desuso na Alemanha.

Lourenço Von Stein, dinamarquês de nascença, teve papel relevante nas origens da doutrina alemã (“Die Verwaltungslehre – 1865) quanto à prestação de serviços públicos e processos da administração pública apontando qual a sua **finalidade social**, “[...] isto é, a preocupação que deve animá-la de prestar os seus serviços a todos os cidadãos intervindo ativamente na vida da sociedade, de modo a realizar uma tarefa de justiça distributiva.”²²

Todavia, o método lógico ou dogmático no Direito Público germânico, criou, em geral, a tentação de excessivo **formalismo jurídico e do dedutivismo, que o afastava da realidade vital (a escolha por conceitos precisos, por meio de distinções e subdistinções específicas)**.

O serviço público para o Direito Administrativo alemão não era um conteúdo de prestações materiais, **mas uma relação de direito público**, por meio da qual os funcionários públicos executavam tarefas públicas, sob a observância dos procedimentos jurídicos estabelecidos pela ordem jurídica.

A Administração não era uma mera aplicadora de leis (regras do direito positivo), mas uma executora de tarefas, capaz de agir autonomamente dentro dos limites da lei, o que implicaria a sujeição do Estado ao Direito, voltada à satisfação das necessidades coletivas dos cidadãos, através de uma organização de serviços.

²¹ Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa: un ensayo de prospectiva jurídica. **Revista Gallega de Administración Pública**, 1992, p. 30.

²² CAETANO Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. **Revista de Direito Público - RDP**, ano I, julho-setembro de 1967, vol. I, p. 29.

O termo **assistência vital** (*Daseinsvorsorge*) foi vislumbrado por Forsthoff que buscou sistematizar o conceito de serviço público. O termo abarca funções estatais que também são assinaladas a outras disciplinas do Direito, como o econômico, o trabalhista e o dos seguros sociais. Tais prestações são desenvolvidas tanto pelo direito público como pelo privado e levadas a cabo pela Administração em favor dos cidadãos, **não cabendo distinguir se indispensáveis ou não**. Assim, “[...] *todo lo que acontece del lado de la Administración para poner en el disfrute de prestaciones útiles a la generalidad o a um sector de personas definido por características objetivas, es asistencia vital.*”²³

O conceito de Forsthoff, que se delineou a partir dos anos de 1930, insistia na ideia de “**prestação de serviços indispensáveis à vida**” dos cidadãos, tanto por meio de atos públicos como privados (de gestão). Assim, as empresas públicas (de distribuição de água, de gás e de eletricidade) exercem tarefas típicas da Administração Pública, não obstante possam estar organizadas nos moldes do direito privado.

Todas as prestações conduzidas pela Administração em favor dos cidadãos seriam formas de assistência vital, ainda que não essenciais, salvo as empresas econômicas caracterizadas por atividade **lucrativa-fiscal**. Portanto, às empresas econômicas que efetivamente observassem a assistência social, porquanto relacionadas diretamente às prestações e vantagens aos cidadãos (*calles, plazas, canales, médios de transporte, indústria*), aplicar-se-ia propriamente o Direito Administrativo. Não se percebe um conceito sólido unitário.

Durante o nazismo, relativizou-se o princípio da legalidade para rejeitar os direitos fundamentais do Estado de Direito, como ensina o mestre português Marcello Caetano:

Circunstâncias históricas, aliás, iriam favorecer o **culto do normativismo, proclamado por um neo-Kantiano, discípulo de Georg Jellinek, o austríaco Hans Kelsen**, cujos princípios foram adequados ao Direito Administrativo por Adolf Merkl. Os anos críticos que se seguiram à 1ª Guerra mundial, fazendo abalar as certezas tradicionais e os grandes edifícios políticos da Europa central e oriental, determinaram um compreensível retraimento nos juspublicistas germânicos. O positivismo desacreditara como arcaico o

²³ **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 475-478.

Direito natural; a crise parecia pôr agora em causa todas as soluções laboriosamente elaboradas pelo gênio de sucessivas gerações. A esses tempos incertos convinhão, pois, sistemas jurídicos formais, prudentemente agnósticos, onde fosse fácil vagar conteúdos contingentes; O relativismo e a neutralidade da democracia liberal, aberta às mensagens das sucessivas maiorias, para igualmente confirmar o valor e a utilidade do **formalismo jurídico**.

O Estado de Direito baseado na convicção das verdades supremas e universais do jusnaturalismo individualista cede então o passo a um modesto Estado de legalidade em que os direitos individuais apenas se escoram nas leis vigentes, obrigatórias para governantes e governados ²⁴ (grifou-se).

Entretanto, a Constituição alemã de 1949 adotou oportunamente um regime democrático e um verdadeiro federalismo, defendendo acima de tudo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Lei fundamental).

Na verdade, no Direito Administrativo alemão não existe um conceito jurídico formal de serviço público, mas apenas uma noção material, a *Daseinsvorsorge*, que está vinculada aos direitos fundamentais e à Constituição, noção que se aproxima da posição francesa de serviço público.

No que se refere à Inglaterra, vale dizer que a doutrina de Dicey, sustentada por muito tempo, apontava uma incompatibilidade entre o Direito Administrativo e a “*Common Law*”, em razão das regras de “*rule of Law*”.

Contudo, é possível afirmar que o Direito Administrativo inglês encontrou suas bases na competência das “*courts*” que reconhecia a legalidade de procedimentos dos detentores do poder público, mediante o emprego de remédios ordinários ou extraordinários da “*Common Law*”, os quais se diferenciavam daqueles objetos da jurisdição administrativa francesa.

Nos países anglo-saxões, há preferência pelos meios privados na execução de tarefas públicas, porquanto menos burocráticos.

Nestes termos explica Marcello Caetano:

²⁴ CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. *Revista do Direito Público -RDP*, ano I, julho-setembro de 1967, vol. I, p. 30.

Assim aparece no Direito britânico (como no Direito dos Estados Unidos da América) um tipo de processo gracioso destinado a permitir a participação dos particulares na elaboração das decisões administrativas, de modo a que se possa, ao resolver, ponderar todos os interesses legítimos em causa. É ainda a idéia de uma Administração que não se limita à execução das leis, devendo, para além das leis, respeitar os direitos individuais e os próprios interesses legítimos que possam estar envolvidos no problema a resolver. Esta integração do processo administrativo gracioso no quadro da legalidade é patente nos Estados Unidos, onde o “Federal Administrative Procedure Act” de 1946 traduz a exigência constitucional do “due process of law” para os casos em que a Administração tenha de tocar na vida, na liberdade ou na propriedade de alguém.²⁵

A Inglaterra, a partir da busca pela eficiência, editou uma carta de direitos dos usuários, conhecida como “**The Citizen’s Charter**”, e lançada pelo primeiro ministro John Major, em julho de 1991. Segundo Monica Justen, “[...] seu sugestivo slogan: carta do cidadão: aumentar a qualidade é significativo de uma crescente preocupação com a satisfação do consumidor dos serviços públicos, prestados ou não por entes governamentais”²⁶ (grifou-se).

Assim, o centro da preocupação dos ingleses não é a criação de conceitos ou de leis que instituem um modelo único de serviço público, pois o foco está dirigido para o modo de gestão dos serviços.

No que tange aos países então socialistas, deve-se destacar que a supressão da liberdade de iniciativa e da livre concorrência reprimia os indivíduos, dependentes da administração do Estado em todos os níveis. Como regra, a vida social do individuo decorria do contato com os órgãos administrativos, do qual dependia inteiramente (o Estado era o patrão).

O Direito Administrativo é, nestes países, um Direito **eminentemente processual**, correspondendo à realização por órgãos da Administração de interesses que na concepção ocidental se integrariam em ramos diversos da ordem jurí-

²⁵ CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. **Revista do Direito Público - RDP**, ano I, julho-setembro de 1967, vol.I, p. 35.

²⁶ JUSTEN, Mônica Spezia. **Noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 159.

dica – civis, comerciais, trabalhistas. **O que importa para a qualificação da administração não é a matéria tratada mas a competência dos órgãos e o modo de realização.**²⁷

A supressão da livre iniciativa, da autonomia da vontade privada, da liberdade contratual e da propriedade particular num regime comunista autoritário apagava as fronteiras entre o Direito Privado e o Direito Público, admitindo-se apenas a gradação da publicidade dos interesses.

Finalmente, os países europeus, inclusive a França, foram atingidos pela **onda de modernização da Administração**. A sociedade passou a exigir do Estado mais eficiência na gestão pública, maior modernização nos setores de alta tecnologia, como, por exemplo, o das telecomunicações.

O **Tratado de Roma de 1957 desconheceu praticamente a noção de serviço público, ainda que faça uma breve referência no capítulo dos transportes**, como dispõe o art. 73 do Tratado: “[...] são compatíveis com o presente Tratado os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público.”²⁸

A liberalização da economia, por meio da transformação dos meios de intervenção do Estado, exemplificada pela **invasão de regulamentações comunitárias no direito interno, ameaçou reduzir o serviço público ao conjunto de atividades relativas às funções públicas (justiça, polícia, defesa, diplomacia e impostos)**,²⁹ **razão pela qual os franceses começaram a defender a inscrição de sua noção de serviço público na Constituição da União Europeia.**

Em face do exposto, iniciou-se importante debate, em especial na França, acerca dos **limites da noção de serviços públicos de interesse geral, concepção comunitária.**

Depois de acirrados debates, a Comunidade Europeia adotou uma posição conciliatória, por meio de uma nova concepção do *service public à la française*, delimitando para ele novas fronteiras, as quais seriam mais explícitas e

²⁷ CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. *Revista do Direito Público - RDP*, ano I, julho-setembro de 1967, vol. I, p. 35.

²⁸ MOREIRA, Vital. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 1, nº 1, jan-mar/2003, p. 233.

²⁹

restritas a determinados setores de atividade, que deveriam se submeter a uma maior competitividade.

Decisões como os casos **Corbeau** (1993) e **Commune d'Almelo** (1994) demonstravam o prestígio ainda desfrutado pela noção de serviço público em meados dos anos de 1990:

1) Caso *Corbeau*: Paul Corbeau, comerciante belga, montou um estabelecimento que oferecia serviço expresso de coleta e entrega de correspondências, e sofreu uma ação criminal por parte do serviço de correios da Bélgica, por invasão de atividade cujo monopólio era assegurado ao Estado. A Corte Europeia de Justiça afastou a alegação porquanto o serviço não era típico da missão confiada à empresa estatal, e afastou o art. 86, §2º do Tratado de Amsterdã, uma vez que se tal atividade se destinava a uma clientela específica, que possuía uma necessidade especial, o que não se confundia com a atividade clássica dos correios.

2) Caso *Commune d'Almelo*: O município holandês de Almelo propôs ação contra uma empresa de energia elétrica questionando a aplicação de uma cláusula de exclusividade de compra numa concessão de natureza não exclusiva de distribuição de energia, o que, a seu ver, impedia a concorrência livre. Todavia, nesse caso, diferentemente do exemplo anterior, a CEJ verificou que a missão de interesse econômico geral justificaria a exceção à regra concorrencial, ou seja, considerou lícita a cláusula restritiva.

Paulatinamente, os franceses começaram a aceitar as regras concorrenciais, mesmo porque precisaram se defender no mercado europeu e mundial liberalizado, o que afetou a visão francesa sobre os serviços públicos.

O Estado francês passou a enfrentar um duplo desafio: submeter suas empresas públicas às regras da concorrência e, por outro lado, garantir o cumprimento das missões de serviço público.

A principal liberalização do mercado europeu encontra seu fundamento no art. 90 (atual art. 86) do Tratado de Roma, que prescreveu o fim dos monopólios e consagrou o regime concorrencial, **a partir da fixação de garantias e limites à atuação do particular.**

O Estado passa a assumir um papel de mero regulador a partir de imperativos da livre concorrência plasmados no supramencionado art. 86 do Tratado da Comunidade Europeia, posteriormente modificado em Amsterdã. Assim, o

direito comunitário **introduz na disciplina dos serviços públicos a regra da concorrência, com a presença residual do Estado.**

Oportuno transcrever o artigo 86 do Tratado CEE:

Art. 86 (antigo art. 90):

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12º e 81º a 89º, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, **na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada.** O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas.

Segundo Monica Spezia Justen:

Dewost resume em poucas palavras em que situações o art. 86, §2º, deverá ser aplicado: nos casos de derrogação eventual do conjunto de regras do tratado; somente para empresas encarregadas da gestão de serviços de interesses econômico geral; e na hipótese em que a aplicação das regras do tratado for obstáculo à realização de direito ou de fato da missão que lhe for confiada.³⁰

Conclui-se que a proteção à concorrência cede seu lugar em casos específicos, quando se poderá invocar o § 2º, do art. 86, do Tratado.

Vital Moreira afirma que, de acordo com Pierre Bauby, é possível delimitar três períodos suficientemente distintos, com relação ao serviço público, a saber:

³⁰ JUSTEN, Mônica Spezia. **Noção de serviço público no direito europeu.** São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 183.

a) A fase da indiferença (1957-1986), em que se verificou a manutenção do status quo a nível nacional, sem que o Tratado tivesse sido invocado contra os serviços públicos tradicionais e sem que a Comissão tivesse adoptado qualquer directiva no sentido de os liberalizar; **(nessa fase pouco atenção se conferiu aos serviços públicos)**.

b) **A fase do confronto e da ofensiva contra os serviços públicos** (1986-1993/94), em que a Comissão aprovou um conjunto de directivas em diversas áreas tendentes à liberalização de vários serviços públicos tradicionais (transportes aéreos, telecomunicações, electricidade, gás natural, serviços postais, etc); **Nessa fase deu-se aquilo que alguém já designou como o ‘choque frontal do direito francês dos serviços públicos com o Direito comunitário’ (Simonian-Gineste, 1997). (O serviço público somente vira questão central da política europeia nos anos 90. A França começa a pressionar – a associação Réseaux 2010 em 1991 promoveu jornadas de estudo com o escopo de reconstruir a legitimidade social e teórica dos serviços públicos diante das teses ultraliberalizantes, colocando em evidência a fragilidade da situação do cidadão, agora usuário).**

c) A fase do compromisso e transação instável (1993/94 até ao presente), em que os avanços na liberalização dos serviços públicos foram conjugados com medidas de salvaguarda dos serviços de interesse económico geral, mediante a fixação ou autorização de fixação pelos Estados de ‘obrigações de serviço público’ no novo quadro dos sectores liberalizados e, portanto, sujeitos à abertura do mercado.³¹

A crise do Estado Social se deu principalmente pelos **gastos elevados do poder público**, pela carga tributária pesada para o seu financiamento, pelo déficite público incontrolável e pela ineficácia e ineficiência da gestão pública. O resultado foi a sucessiva liberalização e privatização dos serviços públicos tradicionais.

Para Vital Moreira, “[...] a liberalização implicou a abertura ao mercado de sectores anteriormente rigidizados em monopólio público, permitindo e fomentando o **aparecimento de empresas privadas ao lado das empresas públicas**.

³¹ MOREIRA, Vital. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 1, nº 1, jan-mar/2003, fls. 234-235.

A privatização, que pode ser simultânea ou posterior à liberalização, traduziu-se na alienação das empresas públicas ao sector privado”.³²

O Tratado de Amsterdã (1997) procedeu a uma nova revisão do Tratado de Roma, tendo acrescentado no capítulo dos “princípios” uma disposição especificamente dedicada ao serviço público. Dispõe o novo art. 16:

Sem prejuízo do disposto nos arts. 73, 86 e 87, e atendendo à posição que os **serviços de interesse econômico geral** ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

O artigo 16 do Tratado da Comunidade Europeia, introduzido pelo Tratado de Amsterdã, consagrou o papel dos serviços públicos de interesse econômico geral (SIEG) na União Europeia. A política da União Europeia sinaliza **um novo equilíbrio entre serviços públicos e os “comercializáveis”**, tais como transportes ferroviários, energia e telecomunicações.

De fato, o dispositivo foi festejado pelos franceses, já que assegurou um papel especial ao serviço público, porquanto, ainda que considerado como de interesse econômico geral, há um **valor comum no conceito, conferindo-se-lhe, conseqüentemente, uma coesão social e territorial**.

O direito comunitário impõe que se adote uma nova postura diante do setor tradicionalmente regido pelo regime de direito público (monopólios ou empresas concessionárias), deixando que as regras de direito privado e a lógica de mercado sejam, respectivamente, o fundamento e o vetor do novo serviço público.

Angélica Maria Juste Camargo cita pertinente lição de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins:

³² MOREIRA, Vital. *Revista de direito público da economia – RDPE*, ano 1, nº 1, jan-mar/2003, fl. 236.

A idéia essencial continua presente: as necessidades coletivas (necessidades ‘básicas’ ou ‘essenciais’ dos cidadãos, na linguagem repetida dos textos comunitários) devem continuar a ser garantidas. E esse dever – dever de garantir a satisfação das necessidades coletivas – é um dever público; um dever do Estado. [...] O que se alterou foi decerto o tipo de grau de responsabilidade: se antes era uma responsabilidade de execução, de satisfação direta das necessidades pelo próprio Estado, hoje é cada vez mais uma responsabilidade **de garantia de prestações**. De garantia e não apenas de controle e de fiscalização da licitude do exercício de atividades privadas. No novo contexto, o Estado deixa de ser prestador direto, passando a assumir a posição de garante da realização das prestações destinadas a satisfazer necessidades básicas universais dos cidadãos.³³

Assim, a privatização de estatais e a liberalização do mercado não significam necessariamente a extinção dos encargos do Estado, ou da razão de ser do serviço público, que é a satisfação dos interesses da coletividade. O que muda é apenas a **titularidade das obrigações**, uma vez que a história já demonstrou que nem o Estado, nem o mercado possuem condições de assumir solitariamente toda a responsabilidade quanto à prestação dos serviços públicos.

Mais uma vez, segundo Angélica Maria Juste Camargo:

No direito comunitário, constituem serviços de interesse econômico geral, o serviço postal, a televisão, o serviço de telefones, o transporte aéreo, caminhos de ferro, a distribuição de água, a de energia, de gás natural, os transportes por estrada e por via fluvial.

Todavia, os Estados-membros detêm liberdade para definir quais são **os interesses econômico geral** no âmbito de sua soberania, bem com o regime jurídico e os encargos e obrigações de serviço público a que devem se submeter, possuindo o legislador comunitário a responsabilidade por tal mister apenas em caráter subsidiário. Reside aqui importante característica da qualificação do serviço público econômico em face da soberania de cada Estado-membro. Sem embargo, cabe a ambos a obrigação de que tais serviços

³³ Por um novo serviço público. In: **EJ TR**. 9ª Região, Curitiba, a. 34, n° 63, p. 431, jul/dez 2009.

de interesse econômico geral funcionem de molde a atender à sua finalidade (art. 16 do Tratado de Amsterdã).³⁴

As mudanças para o novo conceito de serviços públicos (SIEG) partem então das seguintes premissas: **a mercadorização dos serviços públicos; a transformação dos utentes em consumidores ou clientes; a liberdade de escolha de fornecedor ou prestador.** O serviço público passou a ser uma figura subsidiária do mercado, no caso de o interessado não encontrar nele condições de fornecimento adequadas.

Cada país possui sua peculiaridade no tocante aos serviços públicos, fazendo com que a prestação desses serviços, o regime jurídico e também as expectativas de cada povo, com relação ao desempenho do Estado, sejam diversas. Logo, em conclusão, verifica-se que esse diferencial não pode se sujeitar à unificação plena do direito comunitário, uma vez que o serviço público está ligado à própria soberania de cada Estado-membro, cabendo a eles decidir o que seria o serviço público e qual o regime jurídico aplicável, normalmente por meio de lei e regulação.

Para o professor Marcello Caetano:

[...] em qualquer regime pode a Administração Pública receber poderes, que traduzam privilégio, em relação ao Direito Comum, para prosseguir interesses públicos eficazmente mas só num regime de legalidade, em que esses poderes sejam conferidos e regulados por lei cuja obrigatoriedade se imponha a administradores e administrados, é que se pode falar em Direito Administrativo³⁵ (grifou-se).

E consoante lição de Vital Moreira: “Se a futura Constituição europeia deve ser fiel aos traços fundadores da identidade europeia e do ‘modelo social europeu’, então ela não pode esquecer os ‘serviços de interesse econômico geral’³⁶

O serviço público, não obstante reconhecidamente seja um conceito elástico, não é mais identificável apenas pela titularidade, ou pelo regime jurídico especial, mas sim pela sua importância, já que há um destinatário certo – os cidadãos.

³⁴ Por um novo serviço público. In: *EJ TRT*. 9ª Região, Curitiba, a. 34, nº 63, p. 435, jul/dez 2009.

³⁵ CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. *Revista do Direito Público - RDP*, ano I, julho-setembro de 1967, vol. I, p. 37.

³⁶ MOREIRA, Vital. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 1, nº 1, jan-mar/2003, fl. 246.

Válido adotar a precisa conclusão:

É incontornável o persistente atrito entre a concepção tradicional do serviço público, centrada sobre a responsabilidade pública pela sua prestação, e a concepção comunitária europeia da ordem econômica, centrada sobre a universalização da concorrência de do mercado. Mas a extinção dos serviços públicos não significaria somente o fim da idéia de Estado social e do modelo social europeu, tal como nos habituamos a pensá-lo. Sobretudo no caso dos serviços públicos baseados em redes, a privatização dos serviços públicos implicaria também uma verdadeira ‘desubstancialização’ e desnacionalização da soberania do Estado, pela necessária entrada de empresas estrangeiras nesses domínios após a sua liberalização e privatização.

A batalha que se trava desde há anos na Europa à volta dos serviços públicos e dos SIEG está longe de ter um vencedor anunciado. Seja como for, **ela não interessa apenas aos países europeus, dada a globalização do fenómeno da liberalização e da privatização de serviços públicos.** Mãe que foi dos serviços públicos, seguramente que o fim dos mesmos na Europa não deixaria de onde os serviços públicos são, além do mais, uma condição material da própria democracia.³⁷

Dessarte, faz-se sempre necessária uma busca de um equilíbrio na relação entre o serviço público e os direitos fundamentais, pois a lógica concorrencial, com toda a sua força e atualidade, não supera a própria dignidade humana, cuja proteção não se pode afastar muitas vezes, quando em jogo o mínimo essencial a uma vida digna em sociedade.

³⁷ MOREIRA, Vital. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 1, nº 1, jan-mar/2003, fl. 247.

OS FORMATOS DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO *COPYLEFT*

José Walter Queiroz Galvão¹

Héctor Valverde Santana²

Resumo: O presente estudo foi realizado em razão dos novos sistemas de controle de fluxo de obras intelectuais disponibilizadas em formato digital, seja na internet, seja em mídias que suportam esse tipo de tecnologia, como CDs e DVDs. A digitalização influi sobremaneira nos direitos autorais, haja vista que a plasticidade desse formato oferece ao consumidor de bens imateriais, como músicas e filmes, grande facilidade na reprodução de obras protegidas pelo *copyright*. Atualmente as cópias se confundem com os originais, uma vez que praticamente não há perda de qualidade quando o objeto copiado é uma forma digital. Os instrumentos tecnológicos utilizados para a realização de cópias de obras disponíveis em meios digitais, como gravadores digitais, por sua vez, são de fácil acesso, de baixo custo e aptos a operar em escala industrial. Diante de todas essas facilidades, surgiram os sistemas de controle de fluxo de obras digitais, merecendo destaque o sistema DRM, cujo objetivo é obstaculizar a distribuição em massa de obras digitalizadas, via internet. Em resposta aos sistemas de controle de fluxo de obras digitais, foi idealizado o *copyleft*, sistema por meio do qual o próprio autor outorga, por intermédio de licenças públicas, direitos de cópia e de uso de obras intelectuais. As licenças públicas se classificam como contratos atípicos, unilaterais, juridicamente admitidos nos termos do art. 49 da Lei dos Direitos Autorais brasileira. O consumidor adere a uma licença pública, cuja violação importa em responsabilidade civil contratual. O uso indevido de obras não licenciadas publicamente pelo sistema do *copyleft* acarreta responsabilidade civil extracontratual, pois, nesse caso, há o descumprimento de direitos previstos expressamente nos artigos 28 e 29 da Lei n. 9610/1998.

¹ Professor de Direito do UniCEUB, Mestrando, Advogado

² Professor de Direito do UniCEUB, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Juiz de Direito do Distrito Federal



Palavras-chave: Direito autoral. Digitalização. Responsabilidade civil. *Copyleft*.

INTRODUÇÃO

A Lei dos Direitos Autorais brasileira (Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), seguindo diretrizes internacionais, indica em seu art. 18 que a proteção a criações literárias, artísticas e científicas é conferida ao autor independentemente de registro. Portanto, não depende de chancela cartorária ou de quaisquer órgãos oficiais para que a obra intelectual venha receber a tutela da legal.

A retromencionada disposição normativa, apesar de não representar os interesses originários de alguns países, como os EUA, restou consolidada por meio da Convenção de Berna e, atualmente, para que se reconheça a reserva de Direitos Autorais em âmbito mundial, basta que o autor insira na obra o símbolo de proteção “©”, também conhecido como símbolo do *copyright* ou notícia de proteção, acompanhado do nome do titular de direitos autorais e da data de criação, publicação ou divulgação da obra.

A notícia de proteção de direitos autorais tem a finalidade de promover a comunicação pública a todos que pretendem fazer uso da referida obra, ressaltando que ela não se encontra em domínio público. A intenção do autor ao identificar na obra o símbolo do *copyright* é prevenir usos indevidos de obras literárias, artísticas ou científicas. Uma vez noticiada a proteção, a reserva de direitos autorais será presumida, e seu uso lícito dependerá de prévia e expressa autorização do autor, ressalvadas algumas situações de uso livre previstas no art. 46, da Lei dos Direitos Autorais.

As licenças públicas inseridas no contexto do *copyleft* funcionam em sentido contrário à notícia de proteção prevista para o *copyright*. Ao se identificar uma obra com o símbolo do *copyleft*, via de regra o “” ou o “”, pretende o autor informar ao consumidor da obra que apenas alguns direitos autorais estão reservados.

Enquanto o símbolo do *copyright* predispõe uma regra impeditiva, de reserva de propriedade, o símbolo do *copyleft* predispõe uma regra autorizativa, em que o próprio autor outorga, por meio de licença, direitos de reprodução, distribuição e, dependendo da licença, até mesmo de uso comercial da obra licenciada.

O *copyleft* vem se desenvolvendo como uma ferramenta de distribuição gratuita de obras em meio digital, não significando, contudo, que a obra disponibilizada nesse sistema seja de uso livre ou irrestrito. O *copyleft* se baseia em mecanismos da própria Lei dos Direitos Autorais para viabilizar a distribuição lícita de livros, músicas, filmes e demais criações de espírito.

É válida a identificação de alguns questionamentos sobre o *copyleft*, indagando sobre quem são os sujeitos envolvidos, quais as responsabilidades civis nesse sistema, e de que forma esse mecanismo funciona como alternativa válida para o uso lícito de obras disponíveis em meio digital.

Ocorre que toda a discussão que envolve o *copyright* e o *copyleft* não ocorreria, ou teria muito menos relevância, se não existisse o formato digital. Isso se dá pelo fato de que a digitalização das criações de espírito, aliada à internet, foi a maior responsável pela revolução do compartilhamento de obras intelectuais.

1 A DIGITALIZAÇÃO DE CRIAÇÕES DE ESPÍRITO

As formas imateriais diferem das formas materiais na medida em que os usos de formas materiais são limitados no mundo físico, enquanto os usos de formas imateriais não sofrem qualquer limitação.

A título de exemplo, veja-se que uma pessoa pode cantar uma canção no Brasil e outra pessoa cantar a mesma canção, ao mesmo tempo, no Japão, que não haverá qualquer conflito. Leva-se em conta que a música cantada, ou expressada verbalmente, é uma forma imaterial, sendo que nada impede outra pessoa expressar a mesma canção em outro local do mundo, ao mesmo tempo. Também é plenamente possível uma pessoa ouvir uma música no Brasil e outra ouvir a mesma música no Japão, ao mesmo tempo, sem que uma fique sabendo da existência da outra. Nesses casos, observa-se que as formas imateriais, intangíveis, não seguem as típicas leis da física, tornando possível visualizar sua coexistência em locais diferentes.

É fato evidente e inadmissível que uma pessoa use um carro no Brasil e outra pessoa use o mesmo carro no Japão, ao mesmo tempo. Nesses casos, a forma em questão é material, tangível, cuja utilização deve necessariamente respeitar as leis da Física, não sendo reconhecido o uso de um mesmo bem, no mesmo momento, por pessoas diferentes.

A obra intelectual, por sua vez, pode ser manifestada em formas materiais e imateriais. Um escritor pode exteriorizar seu pensamento ao escrever um livro, assim como um pintor pode exteriorizar sua ideia ao pintar um quadro. Nesses dois casos, respectivamente, as páginas em papel do livro e a tela onde o quadro foi pintado denotam a forma material, tangível, das criações. O mesmo escritor poderia optar por escrever o livro em seu computador, sem utilizar o papel, ou o pintor poderia, por meio de um *software*, fazer a pintura, sem se utilizar de uma tela. Nesses exemplos, a exteriorização da ideia não seria suportada por um bem material, mas por um bem imaterial, intangível, qual seja, o formato digital.

Ressalve-se, porém, que, independentemente de a obra ser exteriorizada em formato material ou imaterial, tangível ou intangível, a Lei dos Direitos Autorais, nos termos do art. 7º, *caput*, tutela os direitos de seu criador.

A ideia manifestada pelo autor é que corresponde à obra intelectual tutelável propriamente dita. Não importa se o pensamento que resulta na obra intelectual será exteriorizado em meio imaterial, como ocorre nos formatos digitais, ou se será fixado em um suporte material, como em um livro. O que importa, para efeitos de tutela pela Lei Autoral, é a exteriorização do pensamento dotado de originalidade.³

O formato digital é um exemplo típico de forma imaterial de exteriorização de ideias. A manifestação da obra em arquivos digitais resulta na possibilidade de tais arquivos serem utilizados por várias pessoas, ao mesmo tempo, em diferentes locais.

A internet é o principal meio de comunicação de formatos digitais, via de consequência, se várias pessoas podem, ao mesmo tempo, se utilizar de obras em formato digital por meio de um sistema universal (internet), obviamente o uso não autorizado será dificilmente percebido pelo proprietário da obra. O fenômeno da digitalização interfere no controle do uso de bens por seus proprietários, especialmente se o canal de distribuição de obras em formato digital se dá por meio de uma ferramenta tecnológica tão abrangente e acessível como a internet.⁴

O formato digital também chama a atenção em razão de sua plasticidade. Há menos de uma década, a pirataria não gerava tanta preocupação como ocorre

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 30.

⁴ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 57.

atualmente, isso pelo fato de que a tecnologia, para se fazer cópias, não era capaz de reproduzir o áudio e o vídeo com a mesma qualidade do original. O material anteriormente disponível para realizar tais reproduções era restrito a poucos e, ainda assim, de difícil operacionalidade. Mesmo que houvesse um canal de comunicação tão amplo quanto a internet, se a qualidade da cópia não fosse boa, dificilmente a cópia substituiria o original.

É possível até identificar alguns exemplos para melhor ilustrar a questão. Veja-se que, antigamente, era possível copiar em uma fita K7 as faixas de um disco de vinil, mas dificilmente a qualidade da gravação era a mesma do disco. Nessa fase, já se identificava o ato ilícito de reproduzir a obra sem autorização do titular de direitos autorais, mas como a cópia não apresentava a mesma qualidade do original, a preocupação com a pirataria era menor. No formato digital, as cópias gravadas pouco, ou nada, se diferenciam dos originais em termos de qualidade.⁵

A partir do uso de sistemas de conversão de obras de engenho em arquivos digitais, como o MP3 e outros análogos, a cópia da obra original se tornou praticamente perfeita, manipulável e, com a internet, de fácil e ilimitada dispersão. A essas facilidades decorrentes do sistema digital dá-se o nome de plasticidade.⁶

A plasticidade de formas digitais, aliada à internet, afeta até mesmo mídias que operam com arquivos digitalizados. Veja-se, a título de exemplo, que, na atualidade, os CDs, que comportam arquivos digitais, estão perdendo mercado e, aos poucos, vêm sendo substituídos pelo fluxo de dados na internet, onde o consumidor tem a opção de montar a sua própria seleção de músicas e filmes. A digitalização de obras intelectuais e a facilidade de compartilhamento de arquivos via internet conferem ao usuário maior liberdade de uso e de escolha.⁷

Inobstante os benefícios decorrentes da internet e da tecnologia digital, a facilidade de reprodução e distribuição de obras intelectuais impacta na proteção aos direitos autorais.

⁵ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 58.

⁶ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 216.

⁷ CASTRO, Gisela G. S. Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Castro.PDF>. Acesso em: 26 fev. 2011.

1.1 DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE O FORMATO DIGITAL

As ferramentas de compartilhamento e cópia de arquivos se tornaram tão acessíveis e populares que muitos dos que permutam obras em ambiente virtual, sem a autorização do autor, sequer reconhecem tal prática como um ato ilícito. Os números relativos à pirataria se elevam, sendo que, dos CDs de música vendidos no mundo, um terço é ilegal, com faturamento de aproximadamente U\$ 4,6 bilhões. No ano de 2004, 1,2 bilhão de discos piratas foi vendido, representando 34% das vendas globais, fator que impõe uma redobrada atenção à indústria fonográfica, sob pena de seu completo desaparecimento do mercado.⁸

Novas tecnologias e ferramentas criadas com a finalidade de facilitar o compartilhamento de arquivos digitais estão sendo desenvolvidas. A título de exemplo, veja-se que é possível, por meio do compartilhamento conhecido como *peer-to-peer*, realizar a permuta gratuita de obras diretamente de um computador particular para outro. Essa prática é vista com normalidade por grande parte dos consumidores desse sistema e, em muitos casos, funciona como opção simples para fugir dos altos preços que são cobrados por músicas e filmes no mercado.⁹

A despeito da popularização do compartilhamento de obras na internet, com ou sem o uso da ferramenta *peer-to-peer*, tal prática constitui ato ilícito nos termos dos arts. 28 e 29 da Lei dos Direitos Autorais, que são inequívocos ao estabelecerem que “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”; e que “[...] depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades”, incluindo-se aí o mecanismo *peer-to-peer*.

Destaque-se que o art. 29, VII, da Lei dos Direitos Autorais, detalha a questão da tutela de direitos autorais sobre obras disponibilizadas em meios digitais, impondo que depende de prévia e expressa autorização do autor a distribuição de obras via canais tipicamente adotados, quando se trata de transmissão de arquivos digitais.

Evidentemente que, ao dispor sobre sistemas de transmissão de dados via fibra ótica, que permitam ao consumidor realizar a seleção de obra ou produção

⁸ CASTRO, Gisela G. S. Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Castro.PDF>. Acesso em: 26 fev. 2011.

⁹ CASTRO, Gisela G. S. Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Castro.PDF> Acesso em: 26 fev. 2011.

para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados, a Lei dos Direitos Autorais se refere ao sistema de comunicação de arquivos digitais.¹⁰

1.2 FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS DE CONTROLE DE FORMATOS DIGITAIS

A digitalização de obras literárias, artísticas e científicas oferece um grande risco para os direitos dos autores. O problema decorre da falta de mecanismos confiáveis para controlar a distribuição de obras na internet, haja vista a complexidade de fiscalizar o fluxo de informações na rede.¹¹

Os valores gastos para a produção de um trabalho intelectual são consideráveis, a exemplo da obra literária, com altos custos que envolvem a revisão do texto, eventuais traduções, registros, diagramações, serviços gráficos e de ilustração, bem como a remuneração do próprio autor. Os mesmos altos custos são também próprios de obras fonográficas e audiovisuais. É natural que as empresas que tenham tais custos se preocupem com a implantação de sistemas que restrinjam o uso e a cópia desautorizada de obras intelectuais.

A própria Lei dos Direitos Autorais legitima a criação de sistemas que assegurem os direitos dos autores, ao prever de forma genérica (art. 29) que o uso de obra, em qualquer modalidade, depende de prévia e expressa autorização do autor.

A ideia de criar mecanismos tecnológicos para o controle de circulação de obras disponibilizadas em formato digital surgiu diante da análise da plasticidade das obras digitais, os custos de produção de bens intelectuais e a facilidade de dispersão de arquivos digitalizados via internet. Essa ideia está sendo desenvolvida por empresas que compõem a indústria do entretenimento em cooperação com empresas do ramo da tecnologia da informação. Gisela Castro explica que o sistema SDMI (*Secure Digital Music Initiative*) traduz a pioneira tentativa frustrada da indústria do entretenimento em controlar a circulação de obras no formato digital.¹²

Outras formas de controle já foram tentadas pela indústria do entretenimento, além do SDMI. Todavia, a iniciativa mais conhecida para a proteção de

¹⁰ CABRAL, Plínio. **A nova Lei de Direitos Autorais**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1999, p. 12.

¹¹ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 215-216.

¹² CASTRO, Gisela G. S. Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Castro.PDF>. Acesso em: 26 fev.11.

obras digitalizadas se refere à criação do sistema de *Gestão de Direitos Digitais* (DRM – *Digital Right Management*). No caso do *DRM*, o que se busca não é a padronização de um formato digital para circular na internet, mas o desenvolvimento de aparatos tecnológicos, como *hardwares* e *softwares*, capazes de impedir a cópia e distribuição não autorizada de obras quaisquer formatos digitais e por quaisquer meios.¹³

Tais mecanismos de controle de formatos digitais são duramente criticados, pois, em alguns casos, essas tecnologias interferem nos direitos de privacidade dos consumidores. É importante compreender que a tecnologia de controle, na maioria dos casos, depende de sistemas de *espionagem* virtual, viabilizando o controle sobre o fluxo de arquivos digitais permutados na rede. Os mecanismos de proteção são efetivados por um sistema de fiscalização do uso dos computadores, porém, violam a intimidade dos consumidores, além de tornar os computadores fiscalizados mais vulneráveis a ataques externos.

O XCP é um exemplo que demonstra a violação aos direitos de privacidade dos consumidores, por meio da criação de sistemas de controle sobre formatos digitais.¹⁴

A implementação de sistemas *DRM* prejudica a portabilidade ou interoperabilidade de obras entre diferentes tocadores (*players*) de mídia digital. Em caso de disponibilização da obra para ser executada em um computador, dificilmente o consumidor conseguirá copiar a mesma obra para o seu telefone celular, para o seu *I-Pod* ou para qualquer outro tipo de tocador de mídias digitais. Isso se dá em razão de os arquivos digitais protegidos pelo *DRM* impedirem a migração, por meio de cópias, de formatos digitais.

A garantia à operabilidade e à portabilidade de obras digitais, todavia, já está inserida no projeto que visa modificar a Lei dos Direitos Autorais brasileira, submetido à consulta pública em 2010. Nesse sentido, dispõe o artigo 46, III, do referido projeto que “[...] não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização

¹³ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Gest%C3%A3o_de_direitos_digitais>. Acesso em: 26 fev. 2011.

¹⁴ CASTRO, Gisela G. S. Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Castro.PDF>. Acesso em: 26 fev.11.

de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza”.¹⁵

Caso o referido projeto seja convertido em lei, a restrição à interoperabilidade decorrente do sistema *DRM* automaticamente implicará em violação aos direitos do consumidor.

Apesar de todas essas colocações, é importante frisar que não se pode desconsiderar a importância da proteção aos direitos dos criadores de obras intelectuais. Os direitos dos autores são historicamente consagrados e o próprio desenvolvimento social depende da existência de mecanismos que assegurem ao autor um retorno econômico e moral sobre suas criações.¹⁶

2 O *COPYLEFT*

Em meio aos debates sobre a necessidade de se tutelar os direitos dos autores por meio de sistemas de controle de fluxo de formatos digitais, desenvolveu-se a ideia do *copyleft*.

O *copyleft* se apresenta como uma alternativa a ser considerada, pois garante o uso lícito de formatos digitais, principalmente na internet, uma vez que os próprios criadores das obras autorizam o uso de suas criações por meio de licenças públicas.

O *copyleft* é inspirado no movimento do *software* livre, que se funda no princípio do compartilhamento de conhecimento e na ideia de criação de obras em colaboração. O criador da obra no sistema do *copyleft* oferece, por livre vontade, a quem quer que tenha interesse em sua criação uma licença para se fazer uso da obra.

A Lei dos Direitos Autorais estabelece em seu art. 46 quais são os usos admitidos de obras intelectuais, sem que, anteriormente, tenha que se solicitar autorização do autor. Trata-se justamente dos limites impostos aos direitos do autor, em prol da coletividade. Nas hipóteses previstas em lei, é possível fazer uso da obra sem que para tanto se necessite do consentimento de seu criador.

¹⁵ Disponível em: <www.cultura.gov.br/consultaemdireitoautorais/consulta/>. Acesso em: 26 fev. 2011.

¹⁶ CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzato, 1999, p.12.

O *copyleft* constitui um limite ao direito do autor imposto voluntariamente pelo próprio autor. É uma autolimitação às suas prerrogativas enquanto criador intelectual. O autor, ao estabelecer publicamente limites aos seus próprios direitos, confere a outros, automaticamente, o direito de fazer uso de suas criações.

A autorização de uso das criações intelectuais ocorre por meio de licenças públicas. O autor voluntariamente licencia publicamente o uso de suas obras sob a condição de que outras pessoas que venham a utilizá-la o façam por meio de outras licenças públicas de compartilhamento obrigatório.¹⁷

Existem vários tipos de licenças públicas para uso de obras intelectuais. No Brasil, vem se destacando o sistema de licenças públicas derivadas do *Creative Commons*, desenvolvido por Lawrence Lessing.¹⁸

O site do *Creative Commons* disponível na internet oferece um banco de dados com obras em formatos digitais disponíveis para *downloads* gratuitos, previamente autorizados por licenças conferidas pelos próprios autores. O site explica o funcionamento de suas licenças, dando exemplos para a utilização:



Atribuição. Você permite que outras pessoas copiem, distribuam e executem sua obra, protegida por direitos autorais – e as obras derivadas criadas a partir dela – mas somente se for dado crédito da maneira que você estabeleceu.

Exemplo: Joana publica sua fotografia com a licença de Atribuição, por que ela deseja que todos usem suas fotos, contando que lhe deem crédito. Beto encontra na Internet a fotografia de Joana e deseja mostrá-la na primeira página de seu website. Beto coloca a fotografia de Joana em seu site e indica de forma clara a autoria da mesma.

Nosso conjunto de licenças principal também permitirá que você misture e combine condições a partir da lista de opções abaixo. Existe um total de seis Licenças *Creative Commons* dentro do nosso conjunto central para que você escolha.

¹⁷ FALCÃO, Joaquim et. al. Estudo sobre o software livre comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Citado por: JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 158.

¹⁸ CASTRO, Gisela G. S. Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Castro.PDF>. Acesso em: 26 fev.2011.



Uso Não Comercial. Você permite que outras pessoas copiem, distribuam e executem sua obra – e as obras derivadas criadas a partir dela – mas somente para fins não comerciais.

Exemplos: Gustavo publica sua fotografia em seu website com uma licença de Uso Não Comercial. Camila imprime a fotografia de Gustavo. Camila não está autorizada a vender a impressão da fotografia sem a autorização de Gustavo.



Não a Obras Derivadas. Você permite que outras pessoas copiem, distribuam e executem somente cópias exatas da sua obra, mas não obras derivadas.

Exemplo: Sara licencia a gravação de sua música com uma licença Não a Obras Derivadas. João deseja cortar uma faixa da música de Sara e incluí-la em sua própria obra, remixando-a e criando uma obra totalmente nova. João não pode fazer isso sem autorização de Sara (a menos que a música de João esteja no âmbito do conceito de uso legítimo).



Compartilhamento pela mesma Licença. Você pode permitir que outras pessoas distribuam obras derivadas somente sob uma licença idêntica à licença que rege sua obra.

Essas não são todas as modalidades de licenças disponíveis, existindo outras, mas servem para dar uma noção básica do sistema desenvolvido pelo *Creative Commons*.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COPYLEFT

A responsabilidade civil decorre do descumprimento de uma obrigação pré-estabelecida em lei ou contrato. Ao lado das obrigações gerais de dar, fazer, não fazer, entregar coisa certa e pagar, existe também a obrigação de indenizar.

Essa obrigação de indenizar, porém, configura-se somente quando houver o descumprimento de um dever jurídico (obrigação) primário ou originário. A obrigação de reparar o dano, também conhecida como responsabilidade civil, é identificada como um dever jurídico (obrigação) secundário ou derivado.

A classificação da responsabilidade civil também pode decorrer da origem da norma violada. A responsabilidade civil pode ser contratual, derivada de um negócio jurídico preexistente, ou pode ser extracontratual ou aquiliana, quando decorrente do descumprimento de um dever jurídico previsto em lei.¹⁹

Importa nesta análise identificar quais são os sujeitos envolvidos no sistema de compartilhamento de obras preconizado pelo *copyleft* e que tipo de dever jurídico originário seria objeto de violação para gerar um possível dever jurídico secundário de reparar o dano.

No *copyleft*, os próprios autores outorgam, por meio de licenças públicas, o direito de outros se utilizarem de suas criações, obedecidas certas condições. A Lei dos Direitos Autorais dispõe, em seu art. 49, que a transferência de direitos autorais poderá ocorrer por meio de cessão ou licenciamento de direitos. A licença é, portanto, lícita, sendo necessário, ainda, identificar a natureza jurídica dessa licença.

Os contratos que envolvem direitos autorais poderão ser realizados mediante remuneração do titular dos direitos ou, ao contrário, de forma gratuita. As licenças implicam em outorga de direitos a terceiros que venham a utilizar obras intelectuais. As licenças públicas conferidas pelos autores de criações de espírito podem ser classificadas como espécies de contratos, autorizados pela Lei dos Direitos Autorais, em seu art. 49, com natureza atípica, nos termos do artigo 425 do Código Civil.²⁰

Uma vez classificada a licença como um contrato, a violação, por parte do consumidor da licença, dos termos de uso da obra intelectual, fará exsurgir a responsabilidade civil contratual.

Ressalte-se que a assunção dos deveres decorrentes de uma licença pública disponibilizada pelo sistema do *copyleft*, ou, mais propriamente, do *Creative Commons*, importará na aceitação de deveres legais existentes à época do licenciamento, inobstante futuras alterações nos termos legais. Vale dizer que se a licença é obtida por um consumidor brasileiro, em território nacional, quando da vigência da Lei dos Direitos Autorais, mesmo que uma nova lei em seu lugar,

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2-4.

²⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 165.

os termos da licença deverão necessariamente ser interpretados à luz da atual Lei dos Direitos Autorais, que está em vigor no momento em que são assumidos, pelo consumidor, os compromissos contratuais.²¹

Fora do sistema do *copyleft*, o uso indevido de obras intelectuais implica em violação aos dispositivos gerais de garantia de direitos aos seus criadores, prevista nos art. 28 e 29 da Lei dos Direitos Autorais, configurando a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

CONCLUSÃO

A digitalização de obras intelectuais, aliada à internet, influencia sobremaneira no controle da distribuição de bens imateriais tutelados pela Lei dos Direitos Autorais.

A tecnologia digital é dotada de plasticidade, sendo que por meio dessa tecnologia é possível obter cópias perfeitas de obras originais, sem perda de qualidade e com grande velocidade, o que era impossível quando a tecnologia predominante era a analógica.

A digitalização de obras intelectuais é um fenômeno mundial, pois os tocadores de mídias, como DVDs ou CDs *players* se baseiam nesse formato, havendo grande dificuldade de se encontrar no mercado outras tecnologias de reprodução de sons e imagens afora as tecnologias digitais.

A internet, por sua vez, é o principal canal de dispersão de obras intelectuais digitalizadas, existindo mecanismos sofisticados de compressão e compartilhamento de arquivos digitais entre consumidores de todo o mundo.

O compartilhamento gratuito de arquivos que contêm obras intelectuais digitalizadas, via de regra, ocorre com violação a direitos autorais. A indústria do entretenimento vem buscando criar mecanismos tecnológicos de controle para evitar o uso não autorizado de bens imateriais.

Dentre as iniciativas da indústria do entretenimento para evitar o uso de-sautorizado de material protegido pela Lei dos Direitos Autorais se destaca a criação do sistema DRM (*Digital Rights Management*), em português traduzido como *Gestão de Direitos Digitais*. Tal sistema é bastante criticado por consumi-

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

dores da internet, pois sua aplicação implica, invariavelmente, em *espionagem* virtual dos padrões de uso de obras intelectuais por consumidores da internet, prática que viola direitos de privacidade desses mesmos consumidores.

No contexto de desenvolvimento de sistemas de proteção a direitos autorais, surgiu a ideia do *copyleft*, que, por sua vez, se origina dos preceitos do *software* livre e da criação colaborativa.

Os autores outorgam no *copyleft*, por meio de licenças públicas disponibilizadas na internet, direitos de uso de suas obras. Criam limitações aos seus próprios direitos de autor, pré-autorizando o direito de se fazerem cópias gratuitas de suas criações. O consumidor que deseja utilizar uma determinada obra intelectual pode aderir a uma licença pública e fazer o seu *download* de forma gratuita. Pelo *copyleft* não se desrespeita a Lei dos Direitos Autorais, haja vista que o direito de uso é previamente autorizado pelo próprio autor.

A análise da natureza jurídica das licenças públicas inseridas no sistema do *copyleft* conduz à conclusão de que é possível observar que elas se classificam como contratos atípicos, nos termos do art. 425 do Código Civil, unilaterais, cuja criação obedece aos limites estabelecidos no art. 49 da Lei dos Direitos Autorais. É juridicamente viável o estabelecimento de licenças públicas, nas quais sejam pré-autorizados os usos de obras intelectuais.

Considera-se que as licenças públicas, nesses casos, constituem contratos, ensejando a responsabilidade civil dos consumidores que descumprirem os termos da licença, cuja análise deverá ser realizada à luz da legislação autoral vigente à época da adesão à licença.

O uso desautorizado de obras disponibilizadas em formatos digitais que não estejam licenciadas no sistema do *copyleft* importará em responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, decorrente de violação aos dispositivos genéricos de tutela aos direitos autorais, quais sejam, os artigos 28 e 29 da Lei dos Direitos Autorais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

CABRAL, Plínio. **A nova Lei de Direitos Autorais**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1999.

CASTRO, Gisela G. S. Disponível em: http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Castro.PDF. Acesso em: 26 fev. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PÓS-COLONIALISMO E RACISMO – BIOPODER E ADMINISTRAÇÃO DA DIFERENÇA NO BRASIL¹

René Marc da Costa Silva²

Resumo: Com a Constituição de 1988 o Estado Brasileiro foi redefinido como pluriétnico, inserido num contexto plurijurídico. Paradoxalmente, esses avanços não se materializaram numa melhoria da situação social e política dos grupos étnicos, raciais e sexuais minoritários. Ao contrário, esses novos elementos jurídicos foram resignificados para manter o sistema racista, patriarcal, hierárquico e sexista da sociedade brasileira. O racismo foi um dos principais mecanismos utilizados neste processo.

Palavras chaves: Racismo, Grupos Étnicos, Minorias, Pós-colonialismo.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como finalidade produzir uma reflexão sobre os parâmetros que têm orientado e balizado as relações de um Estado caracterizado como pós-colonial com suas agências, empresas públicas ou privadas e comunidades tradicionais etnicamente marcadas ou segmentos sociais subordinados com base em características biológicas ou naturais, no âmbito de um contexto essencialmente pautado por um redimensionamento jurídico nacional consolidado na Constituição Federal de 1988.

A tessitura dessas relações, entendida a partir da démarche acima, nos permitirá compreender de outra forma o processo histórico brasileiro, marcado até hoje por um tipo específico de gestão territorial e humana que orientou, sobretudo, estratégias de relacionamento, movimentação, transporte e realoca-

¹ Agradeço imensamente a Andréa Mesquita de Menezes, companheira de vida, também antropóloga, pela leitura atenta, correções e debate de algumas das principais idéias presentes neste artigo.

² Doutor em História pela Universidade de Brasília - UnB, Antropólogo e Professor do Programa de Mestrado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: renecostasilva@gmail.com

mento de populações subordinadas, articuladas com práticas difusas de agenciamento de forças sociais no interior de aparelhos de Estado ou em instituições, orientadas para a disciplinarização, homogeneização e controle do outro do poder. Tais estratégias ou dispositivos consubstancializam, na prática social e política, uma persistente mentalidade colonial impregnada de elementos racistas e sexistas tanto na sociedade quanto no Estado. Decorre, portanto, de tudo isso que entendemos o Estado aqui aos moldes de Foucault; “o Estado não é um monstro frio, é o correlato de uma certa maneira de governar”.³

Essa mentalidade colonial racista, hierárquica e desigual colocou em movimento no passado e põe em marcha ainda hoje um complexo de práticas difusas de subalternização do outro do poder, especialmente as alteridades etnicamente marcadas no interior da população brasileira. Tal mentalidade colonial e pós-colonial de administração da alteridade, das minorias étnicas, raciais e sexuais se manifesta precisamente na relação de administração política do outro do poder, do amplo espectro e dimensões de sua vida. Foucault chama essa relação política-administrativa da dimensão totalizante da vida de Biopoder. Para Foucault, dizer que o poder tomou posse da vida, ou que incumbiu-se da vida, é dizer que “ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias da disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra”⁴. Portanto, estamos num poder que se incumbiu do corpo e da vida, ou seja, biopoder.

O racismo, por sua vez é compreendido por Foucault como elemento nuclear, articulador fundamental do biopoder, capaz de transformar mesmo essa mentalidade colonial da qual estamos falando em verdadeira tecnologia, fundamental ao poder, de administração da vida. “Eu creio”, diz Foucault sobre o racismo:

Que é muito mais profundo do que uma velha tradição, muito mais profundo do que uma nova ideologia, é outra coisa. A especificidade do racismo moderno, o que faz sua especificidade, não está ligado a mentalidades, a ideologias, a mentiras do poder. Está ligado á técnica do poder, á tecnologia do poder. Está ligado a isto que nos coloca, longe da guerra das raças e dessa inteligibilidade da história, num mecanismo que permite ao biopoder exercer-se⁵.

³ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. São Paulo, Martins Fontes, 2008b, p. 9.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo, Martins Fontes, 1999. p. 302.

⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo, Martins Fontes, 1999. p.309.

Tal mentalidade não se caracteriza aqui, contudo, como uma espécie de astúcia do poder, arquitetura mental do Estado contra a sociedade. Para nós essa mentalidade é fruto e resultado prático da maneira como se estruturou o antigo sistema colonial português no Brasil, como nele se organizou desde o início a sociedade brasileira, sua ideologia ou cultura⁶. Vivemos, outrossim, numa sociedade pós-colonial como um todo.

Compreendemos, portanto, sociedade e Estado como um todo orgânico em que este último não é mais do que um caixa de passagem de fluxos de energias, valores hegemônicos e tensões nascidas no âmbito da primeira. Não entendemos a sociedade dividida em duas partes distintas, contraditórias ou antagônicas, lutando entre si. Nesse sentido, Estado e sociedade caminham, para nós, em uníssono. O primeiro tão somente institucionaliza antigos mecanismos e dispositivos de poder, promanados de uma estrutura social organizada desde o início como profundamente racista, patriarcal, hierárquica e desigual.

Num determinado sentido, não há, no Brasil, descompasso entre uma Constituição avançada e uma sociedade atrasada. Não há incongruência entre um espírito dinâmico de um Estado modernizante em oposição a uma sociedade, por sua vez, vista como arcaica. É a partir de uma cultura ou mentalidade racista na qual se estrutura como valor central naturalizado a hierarquia e a desigualdade, presente e atravessando toda a totalidade social que traduzimos os elementos modernizadores ou as inovações jurídicas internacionais; fazendo-as trabalhar, ao mais das vezes, para reproduzir as tradicionais hierarquias e desigualdades políticas, sociais e econômicas racalcitrantemente presentes na sociedade brasileira.

⁶ “Em geral, a ‘ideologia’ é muito semelhante àquilo que a antropologia americana chama de ‘cultura’ (...). Chamamos de ideologia o conjunto de ideias e valores – ou representações – comuns em uma sociedade ou correntes em dado meio social (...), ideologia é (...) um conjunto social de representações (...) elas constituem as categorias de base, os princípios operatórios da ‘grade’ de consciência, as coordenadas implícitas, em suma, do pensamento comum. (...) A definição de ideologia que adoto repousa (...) em tudo o que é socialmente pensado, acreditado, atuado, a partir da hipótese de que há uma unidade viva disso tudo, escondida sob nossas distinções habituais (...) ela é o veículo espontâneo do nosso pensamento, e nela permanecemos encerrados por tanto tempo que não a tomamos como objeto de nossa reflexão. (...) os elementos de base da ideologia permanecem quase sempre implícitos. As ideias fundamentais são tão evidentes e onipresentes que não tem necessidade de ser expressas: sobre o essencial nada é preciso ser dito, é o que se chama ‘a tradição’.” (DUMONT, Louis. **Homo Aequalis**. São Paulo: Editora Edusc, 2000, ps. 19, 29, 32, 35, 41).

Não existe, portanto, antagonismo nem um descompasso fundamental entre esses termos. Trabalham para a produção e reprodução dessa estrutura, os mais diversos dos seus elementos, inclusive os de matriz ocidental europeia. Essa experiência colonial portuguesa promoveu na sua possessão americana, um tipo específico de práticas de subalternização, rotinas burocráticas e administrativas de dominação na qual o papel do direito institucionalizado, inclusive, cumpriu papel decisivo no processo de normalização e governamentalização dessas populações subalternizadas.

Muitos são os exemplos desse exercício colonial e pós-colonial do poder. Tais processos históricos permitem-nos divisar, sobretudo, as formas pelas quais a sociedade brasileira em geral e, o Estado em especial, desde o período colonial até bem recentemente, concebeu a diferença etnicamente marcada e se relacionou com ela. O modo particular do exercício colonial ou pós-colonial do poder, suas estratégias de permanência e reprodução, seus mecanismos, efeitos ou tecnologias. Considerar tais processos ou mecanismos possibilita-nos compreender a forma específica de operar que o poder estrutura com os diversos grupos sociais subordinados no país.

Abordaremos também, de maneira sucinta, a legislação que envolve a questão, a atualização que sofreu á luz da forte influência do direito internacional, dos muitos convênios e acordos assumidos pelo Estado brasileiro. Assinalaremos o impacto que esse processo operou na significativa redefinição do desenho constitucional e institucional do país, e na conseqüente reorientação das relações do Estado brasileiro com os segmentos sociais etnicamente marcados. Apontaremos, sobretudo, que a aparente desorganização que esses movimentos provocaram no aparelho de estado e seu tradicional modelo de administrar as desigualdades em relação às diferenças étnicas no interior da nação, não resultou numa redefinição ou reestruturação das antigas práticas ou ideologias que mediavam a relação do Estado com as alteridades étnicas ou raciais, mas que, pelo contrário, quanto mais tais redirecionamentos abriam espaço a uma gramática discursiva fortemente pautada pela necessidade de respeito, ações e medidas de promoção da igualdade e dignidade desses grupos sociais, menos se conseguiu viabilizar no interior do poder público uma **política étnica** definida, freada, dentre outras coisas, por uma forte e persistente mentalidade racista, hierárquica e desigual.

Apontaremos, inclusive, esses elementos como os principais marcadores da prática concreta do vasto corpo de funcionários e burocratas receptores, produtores e reprodutores de saberes, rotinas e disciplinas que alcançam o amplo espectro de povos ou comunidades etnicamente marcadas no país, não como instrumentos de libertação ou de autonomia, mas, ao contrário, de subordinação, controle ou pacificação.

E, finalmente, faremos um esforço final no sentido interpretar todos esses elementos discutidos, no interior de um quadro mais amplo de análise, ao qual já se convencionou chamar de “cultura brasileira”. Todavia, nunca concebendo-a a partir de um modelo de referência, dissolvente de suas especificidades ou singularidades; mas de outra forma, ela sim como uma completa singularidade.

LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL, CONSTITUIÇÃO DE 1988 E TRANSFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS

A legislação internacional, desde a segunda guerra mundial, na esteira da força política e da legitimidade que os preceitos dos direitos humanos alcançaram, na defesa de indivíduos e povos subordinados de todo o mundo, vem se constituindo em instrumento significativo de transformação dos sistemas normativos no interior dos Estados-Nação. O Brasil não ficou alheio a esse processo, haja vista o significativo alinhamento que nosso ordenamento sofreu á luz da forte influência do direito internacional, dos muitos tratados, convenções, acordos e protocolos subscritos pelo Estado brasileiro. O impacto desse processo provocou no caso brasileiro, junto a uma série de outros elementos, a redefinição do desenho constitucional do país e a conseqüente necessidade de reorientação das relações do Estado brasileiro com as diferenças sexuais ou de gênero e também com os segmentos sociais minoritários etnicamente marcados. Isto fica patente e se cristaliza definitivamente na Constituição de 1988.

Esta Carta Magna, de fato representou, na história jurídica e constitucional brasileira, um ponto de clivagem em relação a todo o sistema constitucional anterior, uma vez que reconheceu o “Estado brasileiro como **pluriétnico**, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os

a renegarem a si próprio ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade”.⁷

Derivada dessa noção consolidou-se no país, a partir de 1988, a idéia de que o direito produzido pelo Estado não pode ser considerado como único. Não apenas o **Pluralismo jurídico** ganhou relevância e legitimidade nesse processo, fizeram-se importantes também outras noções de direito oriundas do campo social, das práticas concretas de seus agentes, do cotidiano popular e suas demandas. Permitiram, sobretudo, abrir ataques e críticas ao que se percebia como limitações intrínsecas à positividade jurídico-institucional sequestrada pela ditadura, que durante todo período militar anterior à Constituição de 1988, sustentou intransigentemente a ideia de um direito unidimensional e plenipotenciário que sistematicamente confundia os diferentes grupos sociais minoritários no interior da nação com uma idéia totalizante de povo homoganeamente pensado, sem contemplar quaisquer especificidades.

Um dos principais desdobramentos do intenso processo de crítica que se abriu a essa história nacional de caráter homogeneizante, foi enfraquecerem-se gradualmente as perspectivas de assimilação dos povos indígenas, como também as ações que visavam sua paulatina integração e redução ao conjunto da sociedade englobante. Abriu-se espaço, por sua vez, á novas idéias pautadas pelo direito à (e a valorização da) diferença, ao reconhecimento da diversidade cultural e étnica, sexual ou de gênero, deslocando inevitavelmente as relações entre o Estado e esses povos ou populações.

Tais deslocamentos abriram significativas fendas nas estruturas tradicionalmente hegemônicas de poder, o que permitiu o desenvolvimento de mecanismos de proteção (jurídicos e sociais) efetivos dos modos de ser, viver e existir das diferenças, definidas sócio-politicamente como os outros do poder. Tais instrumentos se tornaram ferramentas importantes, particularmente para grupos sociais ou politicamente minoritários ou marcados etnicamente.

Consubstanciou-se, para eles a possibilidade concreta (como no caso dos quilombolas, por exemplo) de se beneficiarem de uma nova modalidade de apropriação (definitiva e coletiva) da terra baseada no artigo 68 do ADCT (Atos

⁷ PEREIRA, Déborah Duprat. O Estado Pluriético. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza & BARROSO-HOFFMANN, Maria (Orgs.). **Além da tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro, editora Contra Capa Livraria, 2002, p.41.

das Disposições Constitucionais Transitórias), ou no **esvaziamento** da tutela como mediadora das relações jurídicas do Estado com as sociedades indígenas.

Contudo, intriga-nos um paradoxo. Pelo menos, o que aparenta ser um paradoxo: quanto mais tais redirecionamentos abriram espaço para uma gramática discursiva fortemente pautada pela necessidade de respeito, ações e medidas de promoção da igualdade e dignidade desses grupos sociais, menos se conseguiu viabilizar, todavia, no interior do poder público, uma **política étnica** definida.

Pelo contrário, como já foi assinalado em outros lugares⁸, foi precisamente no momento de tamanho avanço que inviabilizou-se ou abortou-se⁹, no âmbito do Estado, a adoção de uma política étnica ou mesmo de ações governamentais minimamente sistemáticas neste sentido. Produziu-se, diferentemente, paralelo a esta ‘modernização’ do corpo jurídico máximo da nação, uma indisfarçável reorganização dos aparelhos de estado definidos ou incumbidos da tarefa de enfrentarem esta questão.

Multiplicam-se, por sua vez, as agências e instituições responsáveis, direta ou indiretamente incumbidas por elaborar e implementar ações, políticas públicas ou projetos orientados para estes segmentos sociais. Estas; manifestavam e ainda apresentam, enormes dificuldades de dialogar entre si, articular ações minimamente sistemáticas ou programas com concepções dentro das quais estratégias bem definidas pudessem alavancar tais populações subalternas a condições diferentes das tradicionais relações de poder vigentes no interior da sociedade. Além disso, um exército de burocratas e um vasto quadro de funcionários especialistas, com seus saberes e práticas acumuladas, acabaram por se constituir (pelo menos alguns desses funcionários e parte dessas instituições) em representantes, no plano político-administrativo-institucional, de um Estado nacional caracteristicamente pós-colonial, agentes diretos de uma cultura política que

⁸ BERNO DE ALMEIDA, Alfredo Wagner. **Nas Bordas da Política Étnica**: Os Quilombos e as políticas Sociais. In: Territórios Quilombolas: Reconhecimento e Titulação das Terras. Boletim Informativo do NUER/UFSC, Vol. 02 n. 02. Florianópolis, 2005.

⁹ Existia, sobretudo a partir dos governos petistas de Lula (e mais recentemente no governo da Presidenta Dilma), uma expectativa difusa no meio social e, nos movimentos sociais particularmente, de que um conjunto de políticas organizadas, sistemáticas, fortemente articuladas com os movimentos sociais tivessem a possibilidade ou capacidade de inverter ou reverter o sentido fortemente colonial presente na mentalidade da sociedade como um todo e nas amadurecida estruturas de poder institucionais, especificamente.

perpetua na prática, repondo permanentemente, a desigualdade, a hierarquia e a dominação.

SOBREVIVÊNCIA DE DISPOSITIVOS DE PODER COLONIAIS E PÓS-COLONIAIS: O EXEMPLO DOS POVOS INDÍGENAS

No tocante à questão indígena, a partir da Constituição de 1988, como já foi acima enfatizado, criou-se no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de profundas reorientações. Com o reconhecimento e respeito às organizações sociais e culturais dos povos indígenas, ocorreram deslocamentos não menos importantes na maneira como o Estado lidava com a população indígena: a FUNAI deixou de ter a competência exclusiva para entrar em juízo na defesa de direitos e interesses dos índios; as questões indígenas passaram a ser de competência da Justiça Federal e a responsabilidade de defender judicialmente os direitos indígenas incluiu-se dentre as atribuições do Ministério Público da União.

Tais deslocamentos deixaram explícito o reconhecimento de que o Brasil é uma nação formada por uma imensa pluralidade social, étnica e cultural, um verdadeiro Estado Pluriétnico e também plurijurídico¹⁰; atravessado por diferentes influências historicamente determinadas e, conseqüentemente, tributário de variados processos externos e internos de empréstimos, imposição e difusão.

No campo jurídico, esses empréstimos, trocas e imposições continuam acontecendo. Intensificaram-se mesmo, sobretudo pela importância crescente do direito internacional, dos ordenamentos e regimes jurídicos supranacionais, da transnacionalização do direito estatal e da atuação e participação concreta de instituições multilaterais, ONGs transnacionais, doadores internacionais e outros; mas, sobretudo e principalmente, pela nova correlação de forças imposta

¹⁰ Randeria lembra, com muita propriedade acerca disso que, “a ideia de pluralismo jurídico, central para a antropologia jurídica dos anos 1960 e 1970, questiona as assunções básicas da teoria política e da jurisprudência liberais, especialmente no que diz respeito à congruência entre o território, o Estado e o direito. Ao trazeremos para o primeiro plano a coexistência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos no seio de uma unidade política única, particularmente dos direitos consuetudinários das comunidades e dos direitos religiosos a par com o direito da metrópole e com o direito criado especificamente nas e para as colônias nas sociedades (pós)-coloniais, o pluralismo jurídico questiona a centralidade do direito elaborado pelo Estado e sua exigência de exclusividade no ordenamento normativo da vida social. (RANDERIA, Shalini. Pluralismo Jurídico, Soberania Fraturada e Direitos de Cidadania Diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia, In: SANTOS, Boaventura (org.) **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 467)

pela luta jurídico-política, incisiva e determinada, das diversas comunidades tradicionais e populações subordinadas. Isso, conseqüentemente, não apenas modificou a natureza das tradicionais funções reguladoras e protetoras do direito, como também alterou as condições de sua legitimação. Estas, para se fazerem presentes no atual contexto, não poderiam mais prescindir da intervenção direta dos atores internacionais na arena jurídica nacional.¹¹, nem da ativa inserção das comunidades tradicionais locais e suas demandas nos foros jurídico-políticos nacionais e internacionais¹².

Apesar de todos os avanços e inovações jurídicas internacionais materializadas e consubstanciadas na Constituição de 1988, no caso específico referente à questão indígena, ainda não há no Brasil leis ordinárias que regulamentem as normas constitucionais. Segundo Ana Valéria Araújo e Sérgio Leitão (2002) o advento da nova Constituição traz a urgente necessidade de reformular o Esta-

¹¹ “A transnacionalização e o pluralismo jurídico, no sentido da multiplicidade de atores, arenas, métodos e formas de produção do direito, também estão alterando a própria natureza e a noção de direito como um corpo coerente e unitário de conhecimento e prática de tomada de decisões baseada em princípios. À medida que o governo é substituído por uma pluralidade de regimes de governo supra e infra-estatais, com atores públicos e privados, há um direito descentralizado e microscópico que coexiste, de uma forma mais ou menos incômoda, com o direito monumental que anteriormente era monopólio dos Estados. O domínio do direito está sendo expandido no processo de inclusão de convenções, tratados, acordos bilaterais e multilaterais, bem como de protocolos com efeito jurídico, embora esses não possam ser entendidos como direito, no sentido estrito que possuam uma base legislativa (...) A criação do direito torna-se cada vez mais um processo contínuo, de origem tanto administrativa quanto legislativa, sendo as regras, regulamentos e prescrições produzidas a partir de uma diversidade de fontes e locais com fronteiras inconstantes”. (RANDERIA, Shalini. Pluralismo Jurídico, Soberania Fraturada e Direitos de Cidadania Diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia, In: SANTOS, Boaventura (org.) **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 467 e 468).

¹² “A transnacionalização e o pluralismo jurídico, no sentido da multiplicidade de atores, arenas, métodos e formas de produção do direito, também estão alterando a própria natureza e a noção de direito como um corpo coerente e unitário de conhecimento e prática de tomada de decisões baseada em princípios. À medida que o governo é substituído por uma pluralidade de regimes de governo supra e infra-estatais, com atores públicos e privados, há um direito descentralizado e microscópico que coexiste, de uma forma mais ou menos incômoda, com o direito monumental que anteriormente era monopólio dos Estados. O domínio do direito está sendo expandido no processo de inclusão de convenções, tratados, acordos bilaterais e multilaterais, bem como de protocolos com efeito jurídico, embora esses não possam ser entendidos como direito, no sentido estrito que possuam uma base legislativa (...) A criação do direito torna-se cada vez mais um processo contínuo, de origem tanto administrativa quanto legislativa, sendo as regras, regulamentos e prescrições produzidas a partir de uma diversidade de fontes e locais com fronteiras inconstantes”. (RANDERIA, Shalini. Pluralismo Jurídico, Soberania Fraturada e Direitos de Cidadania Diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia, In: SANTOS, Boaventura (org.) **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003 p. 467 e 468).

tuto do Índio (lei 6.001/1973) que tem seus fundamentos centrados na noção de tutela e assimilação dos povos indígenas à comunhão nacional¹³.

O Estatuto do Índio de 1973 e grande parte das políticas indigenistas baseadas nesta lei são completamente anacrônicas e contraditórias, se vistas pela ótica do Constituição e do direito moderno. A Constituição de 1988 tem suas bases assentadas no respeito à diferença e no reconhecimento da identidade indígena, já o Estatuto do Índio constrói seus parâmetros a partir da necessidade da tutela, “pacificação” e assimilação dos índios à comunhão nacional. Por conta disso, a questão da tutela ocupa um lugar central no seio do processo de aprovação do novo Estatuto das Sociedades Indígenas. As discussões mais acirradas se referem à capacidade civil dos indígenas e as alterações do atual sistema de tutela. “O texto do substitutivo aprovado em 1994, assim como o da proposta alternativa apresentada em 2000, propõe o fim da tutela e da conceituação dos índios como relativamente incapazes, sem descurar da necessidade de um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades culturais estabelecendo mecanismos de proteção”¹⁴.

Atualmente tem-se assistido várias tentativas de medidas legislativas e administrativas (PEC 215¹⁵, PLP 227¹⁶, PEC 237¹⁷ e a Portaria 303¹⁸ da AGU) de

¹³ Atualmente existem dois projetos de lei no Congresso Federal sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, ambos em consonância com a Constituição Federal de 1988.

¹⁴ ARAÚJO, Ana, LEITÃO, Sergio. **Direitos indígenas:** avanços e impasses pós-1988. In: LIMA, Antonio, HOFFMANN, Maria (orgs.) Além da tutela: bases para uma política indigenista III. Rio de Janeiro, Ed. LACED, 2002, p. 25.

¹⁵ Proposta de Emenda constitucional 215 de 2000 (PEC 215) transfere a competência da União na demarcação das terras indígenas para o Congresso Nacional, possibilita a revisão das terras já demarcadas e altera critérios e procedimentos para a demarcação desta áreas, que passariam a ser regulamentados por Lei.

¹⁶ Projeto de Lei Complementar 227 de 2012 (PLP 227), pretende criar lei complementar ao artigo 231 da Constituição Federal apontando as exceções ao direito de uso exclusivo dos indígenas das terras tradicionais, em caso de relevante interesse público da União. Dentre as tais exceções está a exploração dos territórios indígenas pela rede do agronegócio, empresas de mineração, além da construção de empreendimentos ligados aos interesses das esferas de governo.

¹⁷ Proposta de Emenda constitucional 237 de 2013 (PEC 237) permite a concessão de Terras Indígenas para produtores rurais.

¹⁸ Portaria 303 de 2012 da AGU regulamenta a atuação dos advogados públicos e procuradores em processos judiciais envolvendo a demarcação de terras indígenas em todo o país. A Portaria modifica o processo demarcatório das Terras Indígenas e pretende estender as condicionantes instituídas por ocasião do julgamento da homologação da Raposa Serra do Sol, em 2009, a todas as terras indígenas do País. Recentemente, o STF decidiu, por maioria de votos, que as condicionantes definidas no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não se aplicam a outros processos de demarcação no País.

esvaziar os direitos indígenas, especialmente sobre suas terras tradicionais. Márcio Meira, ex-presidente da FUNAI, ao transcorrer sobre esses acontecimentos afirma que esse ataque aos direitos indígenas já ocorreu em outros momentos de nossa história, e tem a ver com o crescimento econômico acentuado dos setores primários da economia, com destaque para o agronegócio, nos últimos 15 anos e sua superlativa representação política no Congresso Nacional, no Judiciário e nos Executivos federal, estadual e municipal. Os ataques contra os direitos indígenas e suas terras tradicionais estão no centro desse recrudescimento porque elas estão fora do mercado (é sobre essas terras que se quer avançar agora e para isso, somente rasgando a Constituição). A FUNAI, responsável pelas demarcações das Terras Indígenas, também tem sido atacada por esses setores, dentro e fora do governo¹⁹.

Essa aparente entropia, contradição ou desorganização, constatada recentemente, ficou sobremaneira clara nas reflexões de Marta Azevedo. Antropóloga, Marta trabalha com demografia e é pesquisadora do Núcleo de Estudos de População da Unicamp, tem longo histórico de trabalho com os guarani e os Kaiowá de Mato Grosso do Sul. Marta foi presidenta da FUNAI de abril de 2012 a junho de 2013. Numa entrevista que concede à revista Carta Capital, a antropóloga faz uma reflexão crítica sobre a “atual crise da questão indígena”, ao abordar a intensa onda de protestos promovida pelos povos indígenas contra as medidas legislativas que reconhecem serem dissolventes de seus direitos e conquistas. Marta indica nessas movimentações parlamentares indisfarçáveis mobilizações de forças hegemônicas tradicionais e conservadoras, capitaneadoras do atual processo desenvolvimentista de clara inspiração pós-colonial, posto em marcha pelo Estado e apoiado no congresso pela bancada ruralista. Para ela:

O que está acontecendo hoje é o que sempre aconteceu desde o século XVI, ou seja, continuam os ataques aos povos indígenas, tão fortes e ferrenhos como algumas épocas onde o não indígena que supostamente se diz dono do nosso país avança supostamente em direção ao “progresso”, à civilização, ao desenvolvimento. Tudo a mesma coisa, tudo contra os povos indígenas. O que acontece atualmente, desde esse

¹⁹ Entrevista concedida à Revista Carta Capital em 04/10/2013 (CARTA CAPITAL. Uma Onda Anti-indígena: Entrevistas com o ex-presidente da Funai Márcio Meira. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/uma-onda-anti-indigena-9603.html>. Acesso: 10 de outubro de 2013a.

novo surto de desenvolvimentismo, onde nada é novo, ou seja, onde se quer explorar até o esgotamento, os recursos naturais do nossa parte do planeta, é que justamente alguns povos indígenas estão em terras que possuem esses recursos naturais (...). A ilusão foi achar que bastava elaborar leis que fossem favoráveis a esses povos. Na época da Constituição Federal de 1988, todo o movimento indígena esteve mobilizado e acharam que com isso estariam mais tranquilos. Foram convencidos de que demarcar extensões de terras garantiriam um futuro digno, com acesso aos serviços de educação e saúde²⁰.

Na sua reflexão, fica muito claro o que dá propriamente um caráter pós-colonial ao processo desenvolvimentista sustentado por essas forças políticas e socioeconômicas: um desenvolvimentismo fortemente orientado por uma ideologia racista.

Eu costumo dizer que no Brasil a instituição mais democratizada, mais bem distribuída, é a ignorância sobre os povos indígenas que fazem parte de nossa população. Parte-se do pressuposto de que são povos “simples”, ignorantes, atrasados, restos de um suposto passado da humanidade (...). Não é possível que hoje em dia, em pleno século XXI, se mantenha a política dos espelinhos e da pinga, ou seja, comprar os índios com espelinhos modernos e com bebidas alcoólicas não funciona mais²¹.

Contudo, para compreender adequadamente esse descompasso ou aparente contradição, é fundamental enfatizar a persistência do caráter pós-colonial do Estado brasileiro. Um Estado de formação recente, construído sobre estruturas frágeis; vinculado em posição subalterna ao sistema internacional, profundamente dependente de recursos externos e subordinado às orientações das agências internacionais, e que, sobretudo, ainda não colonizou completamente o imaginário das suas populações.

²⁰ CARTA CAPITAL. Na minha gestão foram sete lideranças Guarani assassinadas: **Entrevistas com Marta Azevedo**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/na-minha-gestao-foram-sete-liderancas-guarani-assassinadas-870.html>. Acesso: 10 de outubro de 2013b.

²¹ CARTA CAPITAL. Na minha gestão foram sete lideranças Guarani assassinadas: **Entrevistas com Marta Azevedo**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/na-minha-gestao-foram-sete-liderancas-guarani-assassinadas-870.html>. Acesso: 10 de outubro de 2013b.

No campo jurídico, estas condições implicaram e determinam ainda, por seu turno que, uma vez que os Estados pós-coloniais nunca possuíram monopólio absoluto sobre a produção do direito, as especificidades de suas trajetórias contemporâneas de globalização econômica e jurídica apenas podem ser analisadas contra o pano de fundo das continuidades históricas, freqüentemente apresentadas como processos de recolonização²².

É o caso, por exemplo, da permanência da mão forte da tutela expressa nas discussões relativas à extração das riquezas naturais que asseguram a reprodução física e cultural das comunidades indígenas. A promotora Juliana Santilli (2000) salienta que foi por reconhecer a dependência das comunidades indígenas em relação ao seu habitat natural, que a Constituição impôs ao Poder Público, a obrigação de defender e preservar não só as terras habitadas pelos índios, como também as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Entretanto, se para a Constituição, a posse e usufruto exclusivo de suas riquezas são dos índios, o texto constitucional não se esquece de ressaltar, contudo, que a propriedade das terras indígenas continua sendo da União.

Nesse mesmo sentido, a Constituição também estabelece que o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos **os potenciais energéticos**, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, só podem ser efetivado com a autorização do Congresso Nacional, ainda que ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra. Mesmo com todas estas salvaguardas e exceções, apesar de necessária, ainda não existe lei ordinária (ou vontade política) que fixe as condições específicas para exploração mineral e de recursos hídricos nas Terras Indígenas.

ADMINISTRAÇÃO PÓS-COLONIAL DA DIFERENÇA

Para compreender a questão envolvida nessa problemática é essencial pensar fundamentalmente, como viemos acima sugerindo, a formação histórica do Estado-nação brasileiro, suas agências, as empresas nacionais ou transnacionais e seus

²² RANDERIA, Shalini. Pluralismo Jurídico, Soberania Fraturada e Direitos de Cidadania Diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia, In: SANTOS, Boaventura (org.) **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 468.

interesses vinculados ao país, os organismos políticos internacionais como fonte jurídica e os povos e comunidades locais integrantes da comunidade nacional, vale dizer; o caráter pós-colonial da inserção específica do Brasil no cenário internacional globalizado. Acreditamos que pensar o complexo jogo de forças entre esses atores permite avançar a reflexão sobre as dificuldades, obstáculos e resistências à lenta transformação das leis esparsas e pontuais, medidas e ações regressivas e repressivas relativas às minorias étnicas, raciais e sexuais no interior do Estado-nação em verdadeiras políticas de Estado, como efetivos instrumentos de emancipação.

A história da formação dos Estados na América Latina tem como prévio desdobramento, a descoberta das Américas e das rotas marítimas para as Índias, marco inicial do colonialismo mercantilista moderno. Quando aqui chegaram, os portugueses não encontraram terras desocupadas, mas territórios densamente povoados por sociedades contra as quais logo se moveu guerra e uma destruição de proporções até então pouco vista. A história dessas guerras é também, como não poderia deixar de ser, a história de uma aguerrida resistência que se organizou de diversas formas, dentre elas a fuga e o aquilombamento em lugares ermos e de difícil acesso.

A formação do Estado Nacional brasileiro em meados do século XIX, levado a cabo por uma elite de descendente de europeus, descompromissada com a vontade e os interesses dos diversos povos subordinados que aqui habitavam ou que para aqui foram trazidos, pouco modificou o estatuto exógeno, não integrado das comunidades indígenas ou dos povos e etnias que compunham a rica diversidade do país; vistos, quase sempre como primitivos, estrangeiros ou hostis.

Consoante a isso, o Estado-Nação brasileiro, fortemente articulado a interesses estrangeiros, ensaiando seus primeiros passos no que viria a se tornar política de captação/atração de mão-de-obra imigrante européia, já por meados do século XIX avançava desproporcionalmente sua fronteira agrícola, ampliando a procura por novas terras e riquezas no interior do país. A expansão dessa fronteira novamente alcançou povos indígenas e comunidades tradicionais isoladas, considerados, invariavelmente, como signos do persistente atraso e entrave ao desenvolvimento do país. A subordinação total dessas populações e dos espaços por elas ocupados completou-se com a sua completa **pacificação**.

Enfim, tal percurso que abrange conjunturas históricas que vão desde o período colonial, passando pelo final do século XIX; atravessando a primeira Repú-

blica, mas que não se esgotam nem com o fim do SPI (Serviço de Proteção ao Índio) nem mesmo com o esvaziamento da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), a partir dos anos 1990, revelam, isto sim, ao contrário, a permanência de fato de um tipo específico de gestão territorial e processos de regionalização com sua necessária articulação a discursos e saberes determinados, em tempo, associados às práticas difusas de agenciamento de forças sociais em aparelhos de Estado, apontando para disciplinarização, a homogeneização e o controle da dinâmica social.

Tal como está em Foucault, seria-nos útil então matizar aqui nossa abordagem do particular processo de construção histórica do poder do Estado brasileiro. Especificamente no ponto em que este autor se refere ao poder em termos de combate, de guerra, de confronto.

A célebre inversão que Foucault faz de Clausewitz (a política é a guerra reatada por outros meios), permite pensar o fim das lutas de conquistas e a “pacificação” da diferença étnica no Brasil²³ pelo descendente de europeu. Tal se finaliza ou se materializa na consolidação de um Estado controlado hegemonicamente por uma elite de descendentes de europeus, numa administração pública centralizada e forte e em suas agências especializadas no outro, na alteridade do poder (tais como o SPI, a FUNAI e outras); responsáveis pela produção de rotinas, disciplinas e controles sobre as comunidades etnicamente marcadas, no sentido de subordiná-las e reproduzir a dominação transfigurada na ordem do poder estatal.

A governamentalização de poderes e mentalidades racistas, hierárquicas e desiguais difusas no meio social que deriva desse processo, implica, por parte do Estado, na estrita administração da população, sua disciplinarização e a consequente redefinição dos indivíduos e dos grupos sociais no espaço e no tempo, permitindo um controle social tentacular.

Ao mesmo tempo e, por outro lado, trata-se também de entender o poder aqui e a cultura que o enforma não exatamente prisioneiro da imobilidade de suas estruturas e instituições, mas em uma mecânica de poder que se expande por toda a sociedade, assumindo as formas mais regionais e concretas, investin-

²³ “O poder político, nessa hipótese, teria como função reinserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem, até nos corpos de uns e de outros. Seria, pois, o primeiro sentido a dar a esta inversão do aforismo de Clausewitz: a política é a guerra continuada por outros meios; isto é, a política é a sanção e a recondução do desequilíbrio das forças manifestado na guerra”. (FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 23)

do em instituições, tomando corpo em técnicas de dominação. Poder este que intervêm materialmente, atingindo a realidade mais concreta dos indivíduos – o seu corpo – e que se situa ao nível do próprio corpo social, e não acima dele, penetrando na vida cotidiana e por isso podendo ser caracterizado como micro-poder ou sub-poder (...), a consideração do poder em suas extremidades, a atenção a suas formas locais, a seus lineamentos tem como correlato a investigação dos procedimentos técnicos de poder que realizam um controle detalhado, minucioso do corpo – gestos, atitudes, comportamentos, hábitos, discursos²⁴.

Aqui, isto quer dizer que o Estado seria, diferentemente do que propõe a teoria clássica, precisamente, como na leitura particular que Deleuze faz de Foucault, um processo permanente de estatização de poderes ou forças sociais, apropriadas, re-elaboradas, re-significadas a partir de saberes e discursos produtores de um regime específico de verdades e seus efeitos de poder²⁵, voltados para o controle da mobilidade espacial, da territorialidade, da produção simbólica da

²⁴ MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: Foucault, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro, Graal, 1988, p. 12.

²⁵ “O que é o Poder? A definição de Foucault parece bem simples: o poder é uma relação de forças, ou melhor, toda relação de forças é uma ‘relação de poder’. Compreendamos primeiramente que o poder não é uma forma, por exemplo a forma-Estado (...); em segundo lugar, a força não está nunca no singular, ela tem como característica essencial estar em relação com outras forças, de forma que toda força já é relação, isto é, é poder (...), a força não tem outro objeto além de outras forças, não tem outro ser além da relação. (...) É por essa razão que as grandes teses de Foucault sobre o poder, como vimos anteriormente, desenvolvem-se em três rubricas: o poder não é essencialmente repressivo (já que ‘incita, suscita e produz’); ele se exerce antes de se possuir (já que só se possui sob uma forma determinável – a classe – e determinada – Estado); passa pelos dominados tanto quanto pelos dominantes (já que passa por todas as forças em relação) (...) sobretudo se considerarmos que a força afetada não deixa de ter uma capacidade de resistência. (...) O poder, ao contrário, é diagramático: mobiliza matérias e funções não-estratificadas, e procede através de uma segmentaridade bastante flexível. Com efeito ele não passa por formas, mas por *pontos*, pontos singulares que marcam, a cada vez, a aplicação de uma força, a ação ou reação de uma força em relação às outras, isto é, um afeto como ‘estado de poder sempre local e instável’. (...) é a instabilidade das relações de poder que define um meio estratégico ou não-estratificado (...) O que há é uma multiplicidade de integrações locais, parciais, cada uma em afinidade com tais relações, tais pontos singulares. Os fatores de integração, agentes de estratificação, constituem instituições: o Estado – mas também a Família, a Religião, a Produção, o Mercado, a própria Arte, a Moral... As instituições não são fontes ou essências, e não têm essência ou interioridade. São práticas, mecanismos operatórios que não explicam o poder, já que supõem as relações e se contentam em ‘fixa-las’ sob uma função reprodutora e não produtora. **Não existe Estado, apenas uma estatização.**” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Editora brasiliense, 1988, ps. 78, 79, 81, 83)

legitimidade e da conquista²⁶ de variados grupos sociais definidos como o outro do Estado ou do poder, pelos setores hegemônicos que o dirigem. O Estado, então, nessa perspectiva, deveria ser compreendido muito mais como linhas de tensão e fluxos de velocidades mensuráveis, vale dizer, vórtice de agenciamentos²⁷, sem origem determinada, sem tronco, sem núcleo; mas, outrossim, circulares, dinâmicos, indeterminados, mutantes.

PÓS-COLONIALISMO E RACISMO – A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Mesmo levando em conta que o poder é efetivamente expresso sob uma forma jurídica ou que a linguagem do poder é o direito, há enormes dificuldades de implementação de disposições legais democráticas e inclusivas, sobretudo em sociedades autoritárias e de fundamentos coloniais e escravistas, como no caso brasileiro²⁸.

A constituição de 1988, malgrado seus incontestáveis avanços, também não pode ser compreendida simplesmente como reflexo de uma vontade modernizante e igualitária (no sentido liberal), ou mesmo anti-tradicional e anti-hierárquica da sociedade brasileira. Ao contrário disso, a Assembléia Nacional Constituinte, a despeito dos enormes avanços materializados na Constituição de 1988, foi, ela mesma, palco de incontáveis lobbies, articulações de interesses corporativos de diferentes setores da sociedade e da manutenção de variados tipos de privilégios socialmente consolidados.

Ao contrário de uma “revolução liberal”, o que se viu na constituinte e a partir da Constituição de 1988 foi, sob a rubrica das inovações jurídicas aci-

²⁶ “É a presença do outro, como categoria e realidade – habitante dos espaços a serem assenhoreados por um movimento de expansão de um eu/nós – o elemento lógico a detonar um universo de possibilidades relacionais, nos planos social e simbólico, melhor caracterizável por uma modalidade de guerra, e como fundamento de certas formas de poder que a sucedem, passível de ser elaborado e intitulado de *conquista*”. (SOUZA LIMA, Antônio Carlos. **Um Grande cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro, Petrópolis, 1995, p. 46)

²⁷ “Um agenciamento maquínico é direcionado para os estratos que fazem dele, sem dúvida, uma espécie de organismo, ou bem uma totalidade significante, ou bem uma determinação atribuível a um sujeito mas ele não é menos direcionado para um *corpo sem órgãos*, que não pára de desfazer o organismo, de fazer passar e circular partículas a-significantes, intensidades puras, e não pára de atribuir-se os sujeitos aos quais não deixa senão um nome como rastro de uma intensidade”. Considerado por Deleuze como um feixe de agenciamentos, ao Estado perguntar-se-á antes, “com o que ele funciona, em conexão como o que ele faz ou não passar intensidades, em que multiplicidades ele se introduz e metamorfoseia a sua, com que corpos sem órgãos ele faz convergir o seu”. (DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Gilles. **Mil Platôs: Capitalismo e esquizofrenia**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995, p. 12)

²⁸ BERNO DE ALMEIDA, Alfredo Wagner. **Nas Bordas da Política Étnica: Os Quilombos e as políticas Sociais**. In: Territórios Quilombolas: Reconhecimento e Titulação das Terras. Boletim Informativo do NUER/UFSC, Vol. 02 n. 02. Florianópolis, 2005, p. 15, 16.

ma assinaladas, sob a égide dos novos deveres e responsabilidades assumidos pelo Estado, a transferência de poderes socioeconômicos hegemônicos e de uma cultura racista e hierárquica difusa prontamente governamentalizados. A Constituição de 1988 desafortunadamente não ensejou, diferentemente, a governamentalização de ondas de iniciativas por parte da sociedade civil, ligadas a práticas emancipatórias, demandadoras de autonomia e potencialmente criadoras de poder social capaz de inverter a cultura de discriminação e desigualdade. Ao contrário, consolidou a crença difusa no meio social nos poderes quase demiúrgicos do Estado patrimonial e estamental como fonte doadora de poder.

A transferência desses poderes sociais para o Estado, por um lado, mas também o trânsito livre na sociedade de uma mentalidade colonial patriarcal, hierárquica e que enxerga a desigualdade como natural, materializou-se particularmente nas diversas dimensões do exercício livre do racismo institucional, orientado amplamente pelo modelo e a maneira específica de diversos segmentos sociais verem a si mesmos e aos outros, entenderem de maneira peculiar o funcionamento da própria sociedade e do Estado e de se organizarem no interior da totalidade social.

Para além da maneira específica de relacionar o poder às minorias étnicas (e outras), o racismo é, talvez a principal maneira como a sociedade vê e constrói suas relações, se organiza²⁹ e se institucionaliza³⁰. Tanto essa relação quanto essa especial forma de organização do social, ambas, são historicamente determina-

²⁹ À propósito disso Castoriadis assinala que é impossível captar um ‘conteúdo’ da vida social que seria primário e se ‘daria’ uma expressão nas instituições independente delas; esse ‘conteúdo’ (diferentemente do que como momento parcial e abstrato, separado depois), só é definível em uma estrutura, e esta comporta sempre a instituição. As ‘relações sociais reais’ de que se trata são sempre *instituídas*, não porque tenham uma vestimenta jurídica (ela podem muito bem não tê-las em certos casos), mas porque foram estabelecidas como maneiras de fazer universais, simbolizadas e sancionadas. (...) A relação patrão-escravo, servo-senhor, proletário-capitalista, assalariados-burocracia já é uma instituição e não pode aparecer como relação *social* sem se institucionalizar imediatamente. Como exemplo disso, Castoriadis assevera que, até mesmo “(...) as relações de produção articuladas na escala social (...) significam *ipso facto* uma rede, ao mesmo tempo real e simbólica que sanciona ela própria – por conseguinte, uma instituição.” (CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1982. p.151)

³⁰ Trabalhando precisamente com essa orientação, mas tendo John Searle como referencial teórico, Lima Lopes mostra que “Quando o comportamento dos sujeitos exige ações cooperativas (desde fazer uma ponte, até ‘constituir’ uma família) é necessário compartilhar estados intencionais (crenças, desejos, intenções). E para além dos objetos pode-se criar uma *instituição*, isto é, algo que só existe por meio de regras (...) A instituição incorpora uma ‘intencionalidade compartilhada’, objetiva e constitui-se por regras que valem. Para ‘valer’ dependem de que haja intenções coletivas sobre ela” (LIMA LOPES, José Reinaldo. Iluminismo e Jusnaturalismo no Ideário dos Juristas da Primeira Metade do Século XIX. In: Jancsó, István. (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo, Hucitec, 2003, p. 197)

das, e, sobretudo, reafirmadoras da produção estratégica de uma lacuna, a saber: a concepção de uma política étnica que seja capaz de reorientar a própria idéia de nação brasileira e a partir disso ser capaz também de estabelecer parâmetros e critérios para conceber ações públicas específicas que efetivamente dêem respostas satisfatórias às demandas de emancipação e autonomia a esses grupos sociais.

Característica modelar das sociedades a que se convencionou chamar pós-coloniais, a administração da desigualdade mediada pelo racismo e o rico e diversificado gradil de suas manifestações, são índices do prodigioso esforço de parte de setores tradicionalmente dominantes do país, respaldados por uma mentalidade colonial ou pós-colonial difusa, em manter os quadros de produção e reprodução de sua hegemonia, mesmo em novos contextos históricos. Nesse sentido, o racismo aparece como uma possibilidade de entender e abordar, um lugar a partir do qual olhar, o próprio processo histórico de formação da sociedade brasileira e do Estado³¹.

Weber, em passagem inspirada, enfatiza que para a vida cotidiana dominação é primariamente administração³². As palavras *gestar* e *administrar* revelam em sua matriz comum um mesmo sentido. *Gestar* – formar e sustentar (um filho) no próprio ventre e *Gerir* – exercer gerência sobre: administrar, digerir, gerenciar³³ tem a mesma matriz etimológica e permite-nos compreender como uma mesma e única operação de controle, A disciplinarização e dominação do corpo, dos meios de produção e reprodução da vida, essenciais aos agenciamentos do exercício do poder.

O que se quer nesse trabalho, sobretudo, é assinalar a especificidade do processo histórico do qual resultou a formação particular da sociedade e de um moderno Estado no Brasil, oriundos e desdobrados diretamente de um contexto colonial escravista e racista. Da mesma forma, nos interessa aqui mostrar também como o biopoder,³⁴ enquanto modelo e estratégia de administração, gestão e controle da diferença étnica, racial ou sexualmente marcada reproduziu na

³¹ “Correspondendo ao delineamento de um formato sócio-político, à definição básica de seus limites internacionais e expansão sobre o espaço geográfico por estes incluídos (...) A este modo de relacionamento e governamentalização de poderes, concebido para coincidir sobre uma única nação, denomina-se aqui *poder tutelar*”. (SOUZA LIMA, Antônio Carlos. **Um Grande cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro, Petrópolis, 1995, p.39).

³² WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 175.

³³ HOUAISS, A. & VILLAR, M. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 1.449 e 1.447.

³⁴ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. São Paulo, Martins Fontes, 2008b.

contemporaneidade as formas gerais de dominação desenvolvidas e caracterizadoras da nossa formação histórica. Como os marcadores da diferença racial, étnica e sexual no Brasil se traduziram numa gramática sociocultural produtora de hierarquias de valores, visões de mundo e modos do poder estabelecer relações com a alteridade, quer elas fossem mulheres, índios, negros, enfim; categorias que naquele contexto de então e no de hoje encontravam e encontram ainda suas posições sociais e formas específicas de subordinação³⁵ determinadas, dentre outras razões, por suas especificidades biológicas.

É precisamente no sentido, portanto, de produção e reprodução de um Estado (ou de uma disposição específica de relações de força e seus efeitos de poder) definido como pós-colonial que se pode compreender a idéia de dominação caracterizadora da noção de administração em Weber: administrar subalternizando, aqui, é como que gerenciar as diferenças inscrita na natureza definido-ra dos corpos, numa palavra, governamentalizar alteridades raciais ou sexuais, digerindo, englobando e subalternizando o outro, gestando e dissolvendo-o na totalidade do ventre social, percebido como homogêneo³⁶.

Inserido num contexto propriamente pós-colonial, pluralismo jurídico pode acabar por não ser outra coisa que mera ficção. Organizada a sociedade em torno de um lugar para onde convergem e são produzidas não apenas as principais iniciativas percebidas como legítimas, mas também as demandas principais da coletividade social, o Estado parece-nos um lócus concentrador, mobilizador e hierarquizador de sentidos para onde são atraídos e gravitam como satélites; toda autonomia possível.

³⁵ “Pois administrar, num certo nível, é também pôr em movimento dispositivos capazes de engendrar e de repetir – e fazer repetir – esquemas de percepção e ação da vida diária ao ponto de torna-los automáticos e inquestionáveis”. (SOUZA LIMA, Antônio Carlos. **Um Grande cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro, Petrópolis, 1995, p, 18)

³⁶ “Que sociedade, que Estado e que nação surgiriam, pois, da invasão e do confronto entre conquistador e conquistados? Conseqüentemente, quais as continuidades e distanciamentos dados a cada novo povo indígena *pacificado*? O que é o Índio, termo apropriado para ser matéria de incidência de um conjunto de práticas e representações governamentalizadas? Perguntas muito abrangentes e informes (...) contudo é possível recoloca-las ao se reconhecer que toda *conquista* envolve subsequente administração do butim, processo capaz de produzir homogeneidades inexistentes antes de sua intervenção: de terras indivisas, ou sujeitas a outros padrões de delimitação, criam-se territórios, produ-se uma população capaz de se reconhecer como uma comunidade (enquanto objeto de controle racional por aparelhos de poder) onde antes só existiam povos dispersos, histórica, lingüística e culturalmente distintos”. (SOUZA LIMA, Antônio Carlos. **Um Grande cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro, Petrópolis, 1995, p.67).

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Ana, LEITÃO, Sergio. **Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988.** In: LIMA, Antonio, HOFFMANN, Maria (orgs.) Além da tutela: bases para uma política indigenista III. Rio de Janeiro, Ed. LACED, 2002.

BERNO DE ALMEIDA, Alfredo Wagner. **Nas Bordas da Política Étnica: Os Quilombos e as políticas Sociais.** In: Territórios Quilombolas: Reconhecimento e Titulação das Terras. Boletim Informativo do NUER/UFSC, Vol. 02 n. 02. Florianópolis, 2005.

CARTA CAPITAL. **Uma Onda Anti-indígena: Entrevistas com o ex-presidente da Funai Márcio Meira.** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/uma-onda-anti-indigena-9603.html>. Acesso: 10 de outubro de 2013

CARTA CAPITAL. **Na minha gestão foram sete lideranças Guarani assassinadas: Entrevistas com Marta Azevedo.** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/na-minha-gestao-foram-sete-liderancas-guarani-assassinadas-870.html>. Acesso: 10 de outubro de 2013

CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade.** Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1982.

CASTORIADIS, Cornelius. **Sujeito e Verdade – no mundo social-histórico.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007.

DUMONT, Louis. **Homo Aequalis.** São Paulo: Editora Edusc, 2000.

DUPRAT, Marés. **As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios.** In: LIMA, Antonio, HOFFMANN, Maria (orgs.) Além da tutela: bases para uma política indigenista III. Rio de Janeiro, Ed. LACED, 2002.

DERRIDA, Jacques. **A Farmácia de Platão.** São Paulo: Editora Iluminuras, 2005.

DERRIDA, Jacques. **Da Hospitalidade.** São Paulo: Editora Escuta, 2003.

DERRIDA, Jacques. **O Monolinguismo do Outro – ou a Prótese de Origem.** Porto: Editora Campos das Letras, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia.** São Paulo: Papyrus, 1991.

DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a Filosofia.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

DELEUZE, Gilles. **Foucault.** São Paulo: Editora brasiliense, 1988.

DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Gilles. **Mil Platôs: Capitalismo e esquizofrenia.** Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade.** São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Biopolítica**. São Paulo, Martins Fontes, 2008a.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. São Paulo, Martins Fontes, 2008b.

LIMA LOPES, José Reinaldo. Iluminismo e Jusnaturalismo no Ideário dos Juristas da Primeira Metade do Século XIX. In: Jancsó, István. (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo, Hucitec, 2003.

MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: Foucault, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro, Graal, 1988.

PEREIRA, Déborah Duprat. O Estado Pluriético. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza & BARROSO-HOFFMANN, Maria (Orgs.). **Além da tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro, editora Contra Capa Livraria, 2002.

RANDERIA, Shalini. Pluralismo Jurídico, Soberania Fraturada e Direitos de Cidadania Diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia, In: SANTOS, Boaventura (org.) **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

SANTILLI, Juliana. **Atividades econômicas em Terras Indígenas**. Brasília ISA, 2000.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos. **Um Grande cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro, Petrópolis, 1995.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos. Sobre Gestar e Gerir a Desigualdade: pontos de investigação e diálogo. In: Soza Lima, Antônio Carlos (Org.). **Gestar e Gerir: estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002.

WEHLING, Arno & WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

HOUAISS, A. & VILLAR, M. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

ISBN 978-85-61990-15-2



9 788561 990152