

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 7 | Número 13 | Julho/Dezembro 2015

ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Pidese canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito
Vol. 7, n. 13 (jul./dez. 2015) - Curitiba: 2015
Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA
DA ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: ilton@abdconst.com.br.

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e UPF. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Editor Assistente

Rafael dos Santos-Pinto

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR e Doutorando na UFPR. Professor de Direito Empresarial na Faculdade Dom Bosco – Curitiba/PR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC

Antônio José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Secretário Geral da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR

Fábio Nusdeo

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

Luís Fernando Sgarbossa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS

Marco Aurélio Marrafon

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR

Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF

Conselho de Pareceristas da Revista da ABDCnst

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco
Aldo Muro Júnior
Alexandre Coutinho Pagliarini
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Alexandre Hamilton Oliveira Santos
Alexandre Morais da Rosa
Alexandre Walmott Borges
Alvaro Borges de Oliveira
Alvaro de Oliveira Azevedo Neto
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci
André Luiz Costa-Corrêa
Andrea Boari Caraciola
Angela Issa Haonat
Ângela Maria Cavalcanti Ramalho
Antonio Baptista Gonçalves
Antonio Celso Baeta Minhoto
Antonio Gomes Moreira Maués
Braulio de Magalhães Santos
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall
Carlos Bolonha
Carlos Victor Nascimento dos Santos
Carolina Alves Vestena
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta
Célia Barbosa Abreu
Christiane De Holanda Camilo
Cláudia Luiz Lourenço
Claudio Gonçalves Munhoz
Claudio Smirne Diniz
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Daniel Francisco Nagao Menezes
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Daniela Rezende Oliveira
Delmo Mattos da Silva
Demetrius Nichele Macei
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Molan Gaban
Eleonora Mesquita Ceia
Eliana Franco Neme

Eloi Martins Senhoras
Emerson Gabardo
Emilio Peluso Neder Meyer
Eneas De Oliveira Matos
Érico Hack
Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho
Eroulths Cortiano Júnior
Everton das Neves Gonçalves
Fabianne Manhães Maciel
Fabrício de Assis Campos Vieira
Fabrício Ricardo de Limas Tomio
Fausto Santos de Morais
Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior
Germano André Doederlein Schwartz
Geziela Iensue
Gisele Mascarelli Salgado
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro
Gustavo Rabay Guerra
Gustavo Silveira Siqueira
Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Heder Carlos de Oliveira
Heitor de Carvalho Pagliaro
Henrique Napoleão Alves
Henry Atique
Jackelline Fraga Pessanha
Jacqueline de Souza Gomes
Janaína Machado Sturza
Jean Carlos Dias
Jorge Jose Lawand
José Carlos Buzanello
José Francisco de Assis Dias
José Luiz Ragazzi
José Renato Martins
Josemar Sidinei Soares
Josias Jacintho Bittencourt
Juliana Cordeiro Schneider
Julio Pinheiro Faro
Jussara Maria Leal de Meirelles
Katiucia Boina
Leilah Luahnda Gomes De Almeida
Leonardo Vieira Wandelli

Lilian Márcia Balmant Emerique
Livia Gaigher Bósio Campello
Lucas Abreu Barroso
Lucas Catib de Laurentiis
Lucas Catib de Laurentiis
Lucas Gonçalves da Silva
Luciana Costa Poli
Luciana Fernandes Berlini
Luciene Dal Ri
Luis Fernando Sgarbossa
Luis Renato Vedovato
Luiz Claudio Araújo Coelho
Luiz Eduardo Anesclar
Luiz Ricardo Guimaraes
Maraluce Maria Custodio
Marcelo Henrique Nogueira Diana
Marcelo Lamy
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes
Márcia Jucá Teixeira Diniz
Márcio Pugliesi
Marco Antônio Ribeiro Tura
Marco Aurélio Marrafon
Marcos Alves da Silva
Marcos Augusto Maliska
Marcos Catalan
Marcus Firmino Santiago
Margareth Anne Leister
Margareth Vetis Zaganelli
Maria Da Graça De Moraes Bittencourt Campagnolo
Mário Ferreira Neto
Martinho Martins Botelho
Mateus de Oliveira Fornasier
Micheli Pereira
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
Milena Petters Melo
Monica Bonetti Couto
Mônica Helena Harrich Silva Goulart
Murilo Melo Vale
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi
Nina Tricia Disconzi Rodrigues
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paulo Ricardo Schier

Paulo Sérgio da Silva
Phillip Gil França
Rafael de Oliveira Costa
Rafael Silveira e Silva
Rafael Tomaz De Oliveira
Ricardo Aronne
Ricardo Carneiro Neves
Júnior
Ricardo Serrano Osorio
Rodrigo Fortunato Goulart
Ronaldo Lindimar José
Marton
Samantha Ribeiro Meyer
Pflug

Sandra Sereide Ferreira da
Silva
Sandro Marcelo Kozikoski
Sandro Rogério Monteiro de
Oliveira
Saulo Bichara Mendonça
Sebastião Neto Ribeiro
Guedes
Simone Tassinari Cardoso
Sonia Barroso Brandão
Soares
Sulamita Crespo Carrilho
Machado

Sulamita Crespo Carrilho
Machado
Sylvio Alarcon
Tiago Resende Botelho
Túlio Lima Vianna
Valéria Cristina Pereira
Furlan
Valéria Silva Galdino Cardin
Vanessa Oliveira Batista
Berner
Vânia Beatriz Rey Paz

Pareceristas que participaram desta edição:

Aldo Muro Jr
Alexandere Coutinho
Pagliarini
Alexandre Walmott
Borges
Alvaro Borges de Oliveira
Ana Cláudia Pompeu
Torezan Andreucci
Antonio Baptista
Gonçalves
Braulio de Magalhães
Santos
Carla Izolda Fiuza Costa
Marshall
Claudio Smirne Diniz
Daniela Rezende Oliveira

Eloi Martins Senhoras
Érico Hack
Erivaldo Cavalcanti e Silva
Filho
Estefânia Maria de
Queiroz Barboza
Germano André
Doederlein Schwartz
Geziela lensue
Gustavo Rabay Guerra
Hamilton da Cunha Iribure
Júnior
Henry Atique
Jackelline Fraga
Pessanha

Luana de Carvalho Silva
Gusso
Luiz Felipe Monteiro
Seixas
Luciene Dal Ri
Maraluce M. Custódio
Marco Antônio Riberiro
Tura
Marcos Jorge Catalan
Margareth Vetis Zaganelli
Milena Petters Melo
Mônica Helena Harrich
Silva Goulart
Ricardo Serrano Osório
Tiago Resende Botelho

Editoração

Karla Kariny Knihs



EDITORIAL

A Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst publica hoje o décimo terceiro número (2015, v. 7, n. 13, Jul./Dez.) da **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, comemorando o encerramento de mais uma fase da gestão editorial do periódico. Observam-se dois eixos centrais temáticos nesta edição: **i)** desenvolvimento e políticas públicas; e **ii)** dogmática crítica, desenvolvimento como liberdade e Constituição.

No primeiro eixo, “**Desenvolvimento e políticas públicas**”, temos em primeiro lugar o trabalho “*Origins for the judicialization of politics in Brazil – historical and institutional aspects*”, de autoria dos Professores Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli (Professor do Instituto Federal do Paraná) e Fabrício Ricardo de Limas Tomio (Docente da Universidade Federal do Paraná), que estudam o fenômeno da judicialização da política sob viés institucional. O segundo artigo desta temática é “*Eurocepticismo no Parlamento Europeu. Análise do comportamento legislativo e político dos deputados eurocépticos na quarta, quinta e sexta legislaturas (1994-2009)*”, artigo de autoria da Professora María Victoria Alvarez, da *Universidad Nacional de Rosario* (UNR) - Argentina. Por sua vez, o trabalho “*Políticas públicas de efetivação do direito social à saúde: programa mais médicos sob uma análise da ponderação de princípios*”, de autoria do Professor Yuri Schneider (Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC) e Juliana de Oliveira (Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina), analisa o programa Mais Médicos como política pública voltada a efetivar o Direito constitucional de acesso à saúde. O quarto trabalho reunido é de autoria da Professora Caroline Müller Bitencourt (Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS) e Eduarda Simonetti Pase (Mestranda no PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS), com título “*Desdobramentos pragmáticos do exercício do controle social vinculado a uma prática constitucional-democrática em desenvolvimento*”, o qual reflete sobre as interrelações entre o amadurecimento democrático e a efetividade do controle social no Brasil. De outro lado, o pesquisador Luiz Otávio da Silva (Mestrando na Universidade do Estado do Amazonas), com o título “*Desenvolvimento Sustentável e a zona franca de Manaus*”,

debate o papel do desenvolvimento sustentável na zona franca de Manaus. A seguir temos o trabalho *“Análise das finanças públicas da região Sul do Brasil - uma abordagem sobre os investimentos e inversões financeiras: 1995 -2008”*, de Ewerson Gonçalves Zadra Pacheco (Faculdade Santa Amélia-SECAL/PR). O autor Rogério Piccino Braga apresenta um estudo sobre uma política pública de concretização dos direitos humanos, intitulada *“A Efetivação dos Direitos Humanos por meio dos conditional cash transfer programs”*. Por fim temos um ensaio sobre a decisão judicial e as políticas públicas intitulado *“Decisão judicial e políticas públicas: o juiz, a Lei e o termômetro”*, de autoria de Fábio Luiz Bragança Ferreira.

O segundo eixo eleito para esta edição é **“Dogmática crítica, desenvolvimento como liberdade e Constituição”**, que aborda trabalhos que versam sobre a dogmática jurídica em perspectiva crítica e com leituras fundadas nos princípios e direitos constitucionais. O primeiro trabalho inserido nesta perspectiva é escrito pelos professores Luiz Fernando Sgarbosa e Geziela lensue, ambos da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul-UFMS, que compararam os remédios constitucionais na Constituição brasileira e no sistema Latino-Americano, sendo o trabalho intitulado *“Remédios constitucionais na América Latina: garantias fundamentais no brasil e o amparo Latino-Americano”*. O segundo artigo desta temática trata-se de: *“O futebol e o discurso da patrimonialização cultural”*, escrito pela Professora Luana de Carvalho Silva Gusso (Docente do Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade- Univille/SC) e Felipe Bertasso Tobar (Mestrando Univille/SC), que investiga a influência do discurso da patrimonialização cultural no esporte de maior popularidade em nosso país. Os pesquisadores Thiago Vale Pestana (Professor Efetivo da Universidade Federal do Maranhão – UFMA), Jeferson Moreira de Carvalho (Mestre e Doutor em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e Carlos Eduardo Ferreira Costa (Mestrando em Desenvolvimento Regional pela Faculdade Alves Faria – ALFA), intitulado *“A dignidade como parâmetro de responsabilidade civil decorrente do rompimento de noivado”*, que investiga de forma crítica o rompimento do noivado e suas consequências jurídicas. O quarto trabalho desenvolve a perspectiva crítica e constitucional sobre a reforma gerencial e o regime diferenciado de contratação, sendo o artigo designado *“Os reflexos da reforma gerencial no regime diferenciado de contratações públicas: a implementação do mecanismo da remuneração variável”*, de autoria do Professor Giovani Corralo (Professor da graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF) e Bruna Lacerda Cardoso (Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de

Passo Fundo). No texto “*O juizado especial como jurisdição tecnológica e afetiva*”, de autoria do Professor José Laurindo de Souza Netto (Pós-doutor com estágio de pós-doutorado na *Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza*), discorre sobre o impacto dos juizados especiais no acesso à justiça. Ainda na temática da investigação crítica e desenvolvimento como liberdade, há investigação em língua francesa por Mariana Almeida Kato (mestranda na *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*), o qual reflete sobre a contribuição de Gaston Jèze para o Direito Público e Administrativo francês, no trabalho intitulado “*La vie et l’oeuvre de Gaston Jèze*”. A seguir o trabalho “*Da recepção do artigo 104 do Código Tributário Nacional pela constituição federal*”, de autoria do Professor Ubaldo Cesar Balthazar (Professor Titular da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC) e Jaqueline da Silva Stein (Mestranda UFSC), analisa a recepção pela Constituição de 1988 da norma tributária que rege a entrada em vigor de normas sobre impostos sobre patrimônio e renda.

Os trabalhos veiculados nesta edição são estudos inovadores e rigorosos sobre alguns dos principais temas envolvendo a teoria da constituição, o desenvolvimento e a economia. Deste modo, a *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* segue com sua missão editorial de incentivar e difundir estudos de excelência com especial enfoque nas perspectivas democrática e de efetivação dos direitos fundamentais. Reiteramos nossos votos que o público leitor faça bom proveito dos trabalhos aqui veiculados.

Boa Leitura!

Ilton Norberto Robl Filho

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Rafael dos Santos Pinto

*Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

SUMÁRIO

ORIGENS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL – ASPECTOS HISTÓRICOS E INSTITUCIONAIS

ORIGINS FOR THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN BRAZIL – HISTORICAL AND INSTITUTIONAL ASPECTS

Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli / Fabrício Ricardo de Limas Tomio **Erro! Indicador n**

EUROCEPTICISMO NO PARLAMENTO EUROPEU. ANÁLISE DO COMPORTAMENTO LEGISLATIVO E POLÍTICO DOS DEPUTADOS EUROCEPTICOS NA QUARTA, QUINTA E SEXTA LEGISLATURAS (1994-2009)

EUROSCEPTICISM IN THE EUROPEAN PARLIAMENT. ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE AND POLITICAL BEHAVIOR OF EUROSCEPTIC MEMBERS OF THE EP IN THE FOURTH, FIFTH AND SIXTH LEGISLATURES (1994-2009)

María Victoria Alvarez..... 343

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: PROGRAMA MAIS MÉDICOS SOB UMA ANÁLISE DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

PUBLIC POLICIES AND THE SOCIAL RIGHT TO EFFECTIVE HEALTH: “MAIS MÉDICOS” PROGRAM UNDER THE ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Yuri Schneider / Juliana de Oliveira 371

DESDOBRAMENTOS PRAGMÁTICOS DO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL VINCULADO A UMA PRÁTICA CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA EM DESENVOLVIMENTO

PRAGMATIC CONSEQUENCES OF THE EXERCISE OF OBLIGATORY SOCIAL CONTROL AND A CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC PRAXIS IN DEVELOPMENT

Caroline Müller Bitencourt / Eduarda Simonetti Pase..... 394

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A ZONA FRANCA DE MANAUS SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE MANAUS FREE ZONE

Luiz Otávio da Silva 423



**ANÁLISE DAS FINANÇAS PÚBLICAS DA REGIÃO SUL DO BRASIL:
UMA ABORDAGEM SOBRE OS INVESTIMENTOS E INVERSÕES
FINANCEIRAS: 1995 -2008**

**AN ANALYSIS OF PUBLIC FINANCES IN SOUTHERN BRAZIL: A STUDY ON
INVESTMENTS AND FINANCIAL INVERSIONS (1995-2008)**

Ewerson Gonçalves Zadra Pacheco 441

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DOS
CONDITIONAL CASH TRANSFER PROGRAMS**

**THE EFFECTIVE HUMAN RIGHTS THROUGH THE CONDITIONAL CASH TRANSFER
PROGRAMS**

Rogério Piccino Braga 459

**DECISÃO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: O JUIZ, A LEI E O
TERMÔMETRO**

**LEGAL DECISION AND PUBLIC POLICIES: THE JUDGE, THE LAW AND THE
THERMOMETER**

Fábio Luiz Bragança Ferreira..... 476

**REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: UM BREVE
PANORAMA HISTÓRICO-COMPARATIVO DAS GARANTIAS
FUNDAMENTAIS NO BRASIL E DO AMPARO LATINO-AMERICANO**
**CONSTITUTIONAL WRITS IN LATIN AMERICA: A BRIEF HISTORICAL-COMPARATIVE
PROSPECT OF GUARANTEES IN BRAZIL AND THE LATIN AMERICAN ACTION OF
“AMPARO”**

Luís Fernando Sgarbossa / Geziela Iensue 496

**O FUTEBOL E O DISCURSO DA PATRIMONIALIZAÇÃO CULTURAL:
CONSEQUÊNCIAS LEGAIS E ECONÔMICAS EM DECORRÊNCIA DOS
PROCESSOS DE TOMBAMENTO E REGISTROS DE ENTIDADES
DESPORTIVAS**

**FOOTBALL AND THE DISCOURSE OF CULTURAL PATRIMONY: LEGAL AND
ECONOMIC CONSEQUENCES OF THE PROCESS OF NOMINATION AND
REGISTRATION OF SPORTING ENTITIES**

Luana de Carvalho Silva Gusso / Felipe Bertasso Tobar 517

**A DIGNIDADE COMO PARÂMETRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL
DECORRENTE DO ROMPIMENTO DE NOIVADO**

**DIGNITY AS PARAMATER OF CIVIL LIABILITY RESULTANT OF ENGAGEMENT
DISRUPTION**

*Thiago Vale Pestana / Jeferson Moreira de Carvalho / Carlos Eduardo
Ferreira Costa*..... 544

OS REFLEXOS DA REFORMA GERENCIAL NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A IMPLEMENTAÇÃO DO MECANISMO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

THE MANAGERIAL REFORM AND THE EFFECTS IN THE DIFFERENTIAL PUBLIC PROCUREMENT: THE ARRANGEMENT OF VARIABLE REWARD

Giovani Corralo / Bruna Lacerda Cardoso 564

**O JUIZADO ESPECIAL COMO JURISDIÇÃO TECNOLÓGICA E AFETIVA
SPECIAL JUDICIAL BRANCHES AS TECHNOLOGICAL AND AFFECTIVE JURISDICTION**

José Laurindo de Souza Netto 586

LA VIE ET L'OEUVRE DE GASTON JÈZE

THE LIFE AND WORK OF GASTON JÈZE

Mariana Almeida Kato 591

DA RECEPÇÃO DO ARTIGO 104 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ANÁLISE SOBRE SUA VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA

RECEPTION OF ARTICLE 104 OF THE NATIONAL TAX CODE BY THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL 1988: AN ANALYSIS OF ITS VALIDITY, DURATION AND EFFICIENCY

Ubaldo Cesar Balthazar / Jaqueline da Silva Stein 605

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS 620

ORIGENS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL – ASPECTOS HISTÓRICOS E INSTITUCIONAIS¹

ORIGINS FOR THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN BRAZIL – HISTORICAL AND INSTITUTIONAL ASPECTS

Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli²

Fabício Ricardo de Limas Tomio^{3/4}

Resumo

O fenômeno da judicialização da política tem sido objeto de intenso debate na academia nos últimos vinte anos, envolvendo diferentes abordagens que divergem quanto à existência do fenômeno, suas razões e a extensão de seus efeitos. A literatura jurídica sobre o tema discorre sobre suas origens sociológicas (como o desencanto da democracia), políticas (como o enfraquecimento do legislativo) e jurídicas (como o aumento do acesso à justiça e a justiciabilidade dos direitos sociais), enquanto estudos na ciência política dão ênfase em aspectos institucionais, descrevendo a judicialização como resultado das opções estratégicas dos atores envolvidos diante das contingências institucionais existentes. Este artigo se situa na última corrente, tendo como objetivo descrever a construção da variável institucional, isto é, da estrutura político-normativa que dá subsídio ao comportamento dos diversos atores envolvidos. Assim, propõe-se uma revisão da literatura sobre as origens da judicialização da política no Brasil que explicitam o contexto do surgimento do controle de constitucionalidade no modelo institucional norte-americano e sua posterior recepção no desenho constitucional brasileiro. Concluímos que as sucessivas modificações constitucionais levaram ao funcionamento, no Brasil, de um controle de constitucionalidade com tendências centralizadoras (âmbito federativo), com um súbito alargamento no número de legitimados na Constituição de 1988, variável institucional que poderia explicar o incremento no volume e na extensão do controle de constitucionalidade abstrato exercido pelo STF.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Suprema Corte norte-americana. Judicialização da Política. Origens.

¹ Artigo submetido em 03/11/2015, aprovação comunicada em 18/02/2016.

² Doutorando em Direitos Humanos e Democracia (UFPR); Professor no Instituto Federal do Paraná (IFPR) em Coronel Vivida, PR. sandro.romanelli@ifpr.edu.br

³ Doutor em Ciência Política (UNICAMP). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UFPR) e Ciência Política (UFPR), em Curitiba, PR. fab_tom@hotmail.com

⁴ The study was developed in the Research Group “DIRPOL – Direito e Política” (PPGD/UFPR/CNPq) with funding from the CNPq/Capes (Edital MCTI /CNPq /MEC/CAPES N° 07/2011, Project “Instituições políticas e processo legislativo: estudo comparativo das relações Executivo/Legislativo, da jurisdição constitucional e da produção legislativa nos estados em três períodos constitucionais [1951-2010]”) and CNPq (CHAMADA UNIVERSAL– MCTI/CNPq N° 14/2014, Project “Instituições políticas, processo legislativo e controle abstrato de constitucionalidade: estudo comparativo das relações Executivo/Legislativo, da Jurisdição Constitucional e da produção legislativa nas unidades subnacionais”).

Abstract

The judicialization of politics has been subject of intense academic debate in the last two decades. There are different approaches diverging about its extent, reasons and even about its own existence as phenomenon. Mainstream legal literature describe judicialization as outcome for sociological (e.g. delusion with democracy), political (e.g. weakening of legislative power) and legal changes (e.g. increased access to judiciary and social rights), while political scientists tend to focus on institutional aspects, describing judicialization as resulting from strategic choices made by political actors within institutional constraints. This paper relies in the latter case, aiming to describe where those institutional rules came from and how they were enforced. Therefore, we make a brief review of academic literature about the origins of judicialization in Brazil, describing its origins on the American Constitution and its influence on Brazil's constitutional design. Finally, we conclude that successive constitutional changes led to a judicial review highly focused on federal disputes and that after 1988's new democratic constitution, broad numbers of petitioners received standing rights in judicial review cases before Brazil's Supreme Court (STF), leading to strong increase in judicial review cases before the STF and thus explaining the judicialization phenomenon.

Keywords: Judicial Review. Brazilian Supreme Court (STF). U.S. Supreme Court. Judicialization of politics. Origins. Control of constitutionality.

Summary: 1. Introduction. 2. Judiciary in the North American constitutional model. 3. Judicial review path in the Brazilian constitutional design. 4. Final conclusions. 5. References.

1 INTRODUCTION

The search for the origins of the phenomenon described as judicialization of politics is not a simple task, going through areas that permeate sociology, political science and law.

The available literature often treat indistinctly⁵ institutional origins (in the legal institution arrangements), sociological phenomena (as reflection of the disenchantment with democracy), political (such as the weakening of the legislative power) and legal (such as increasing access to justice and the justiciability of social rights).

On the proposed approach, this article aims at highlighting the institutional variable, namely the political and legal framework that gives subsidy to the behavior of the various actors involved (politicians, judges, civil society).

⁵ Praiseworthy exceptions should be highlighted in the work of Maria Teresa Sadek, Ernani Carvalho and Marjorie Correa Marona, which formed the basis for this article's organization.

Given that a large number of research point out to the study of judicialization as a result of the activity of constitutionality control of laws and normative acts, with emphasis on the study of concentrated control exercised by the Brazilian Supreme Court (STF), we propose a detailed look at the institutional model that laid the foundation for the possibility of judicial review to be exercised by the judiciary.

2 JUDICIARY IN THE NORTH AMERICAN CONSTITUTIONAL MODEL

I do not think, so far, any nation in the world has made the judiciary the same as the Americans. The most difficult for a foreigner to understand in the US is the judicial system. There is no, so to speak, political event that does not invoke the judge's authority; and from that one concludes naturally that in the USA the judge is one of the strongest political powers. (Tocqueville, 2002, p. 89)⁶.

The narrative of Alexis de Tocqueville, the French aristocrat who recounts his journey to the United States in 1831, clearly points out the judges' political activities in that country.

By opening a separate chapter to address the relevance of the judiciary in the US, "such its political importance,"⁷ Tocqueville describes that the magistrates have the prerogative to base their decisions on the Constitution, instead of laws⁸: "The cause lies in this simple fact: Americans granted the judges the power to set out their legal reasoning based on the Constitution rather than laws. In other words, they allowed them not to apply laws which seem to be unconstitutional."⁹(Tocqueville, 2002, p. 90-91).

⁶ Author's translation. In the original version : "*(...) je ne pense pas que, jusqu'à présent, aucune nation du monde ait constitué le pouvoir judiciaire de la même manière que les Américains. Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux États-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge; et il en conclut naturellement qu'aux États-Unis le juge est une des premières puissances politiques.*"

⁷ Author's translation. In the original version: "*J'ai cru devoir consacrer un chapitre à part au pouvoir judiciaire. Son importance politique est si grande qu'il m'a paru que ce serait la diminuer aux yeux des lecteurs que d'en parler en passant.*"*It is the chapter IV, which is entitled "Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique"*

⁸ Such a possibility is the structure now known as review by general courts (diffuse)

⁹ The author's translation. In the original version : "*La cause en est dans ce seul fait: les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois. En d'autres termes, ils leur ont permis de ne point appliquer les lois qui leur paraîtraient inconstitutionnelles.*"

In Maria Tereza Sadek's explanatory work summary to Brazil, the author (2011, p. 4) indicates that such scenario did not originate by chance. As she argues, the role of judges in the North American public arena reflected the determinations implied in the institutional model.¹⁰

In this context, the increased importance of the judiciary would be inherent in the presidential model created by the United States Constitution of 1787; the judiciary would have been constituted as an institution with equal importance and weight given to the Executive and Legislative branches with ability to exercise the power of judicial review of law and normative acts. According to Maria Tereza, such a possibility of judicial review was "counter-majoritarian creation without parallel in the European world." (SADEK 2011, p. 5).

To support her claim, Sadek makes a historical analysis of the role of judges in Montesquieu's Theory of the Separation of Powers, placing it in the context of the fight against absolutism:

Thanks to Montesquieu for the characterization of the judiciary as a neutral power, in charge of applying the immutable cold letter of the law. In the eighteenth, this revolutionary assertion was identified with the institutionalization of guarantees for the preservation of individual freedom against state abuses. The Theory of Separation of Powers is guided by rigorous fight against absolutism. The prevalence of law is seen as the most appropriate defence solution against arbitrary exercise of discretion and against the risks inherent in concentration of power. The exercise of power according to the law prescription distinguishes the Republic from a despotic government. (SADEK 2011, p. 11).

Yet according to the author, the separation of powers and the supremacy of law imply the rise of the judge's figure. However, in this traditional sense, the judge would be a dull character, "in the classic definition, he is nothing but the 'bouche de la loi' [...] The implicit neutrality in judging and punishing requires 'inanimate beings', without passions, far from the ills of everyday life."

The classic Montesquieu's definition stated in the Book XI of his monumental work of 1748, "The Spirit of Laws," says that from the three powers of which we speak, the judiciary is somehow null."¹¹ (MONTESQUIEU, 2005, p. 169).

¹⁰ Her exposition passes through historical origins of parliamentary and presidential models, demonstrating that the judiciary institutional position is related to the liberalism and its concern to fight arbitrary discretion.

¹¹ The context in which the phrase is removed deals with the tripartite separation of powers: "*Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple,*

However, when it goes on reading up to the final chapter¹², the apparent absolute rule of distribution of the three powers is not shown as invariable or strict in Montesquieu. The second segment which is rarely mentioned also deserves to be highlighted as the previous one.

I wish I had researched in all moderate governments we know what the distribution of the three powers, and then calculate the degree of freedom that each of them can enjoy. However, not always one should allow exhausting the issue to the point that nothing is left to the reader to also endeavour. It is not to read, but to think.¹³ (MONTESQUIEU, 2005, p. 195).

Thus, in harmony with Montesquieu's guideline, we think how is the interaction between the institutions of our Republic by observing presidential regime model in the USA.

The classic model of the supremacy of law implies a neutral, apolitical judge. However, as taught Maria Tereza Sadek, the American presidential system came to reverse this logic; the entry of judges in the political arena becomes the defining attribute of the power structure:

The rule of law, with independent courts against the royal power, was largely inspired by this model. In the presidential system, however, the separation of powers, the constitution of the judiciary as state power and the consequent entry of magistrates in the political arena have gained extraordinary force and are converted to defining attributes this power structure. (SADEK 2011, p. 11).

It is in the Ernani Carvalho's work (2007) which deals with the genesis and development of Judicial Review that we find political explanations for the origin of the Supreme Court and the judicial review in the US.

By dealing with the emergence of the Constitutional Court, Carvalho said that the institutional formula of the US Constitution treated it as a political branch, which alongside with the Senate and the increase of veto power in the Executive Power, "were constituted in the most efficient institutional checks and balances mechanism to the power of the majority." (CARVALHO, 2007, p. 164).

exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers." (MONTESQUIEU, 1964, p. 360).

¹² Chapter 20 of the book XI.

¹³ In the original language, one can perceive the touch of irony of the emphasized phrase. "*Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet qu'on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser.*" (MONTESQUIEU, 1964, p. 598).

This institutional search which opposes the power of the majority can be historically situated in the need of a central power that could mitigate the freedom of States General Assemblies, strongly independent.

Ernani Carvalho also tells that in post-revolutionary America "there was an overly ardent enthusiasm for freedom that was easily reversed in autonomy in the former colonies":

One of the most famous cases appearing in the historical literature of the time, clearly demonstrates how radicalism wielded by some General Assemblies in the post-revolution accelerated the discussion on the creation of a federation. The case of the state Rhode Island was exemplary. The General Assembly of that state, and besides not sending any delegate to the Continental Convention of 1787, also did not agree to transfer to the Interstate Congress 5% of customs tariffs on industrial products. The institutional structure of the American confederation paid basically attention to two principles: the power was decentralized and was on the periphery. This power was concentrated mainly in popular legislature. (CARVALHO, 2007, p. 163-164).

Carvalho points out that after the American Revolution of 1776, the General Assemblies were strengthened as great representatives of popular aspirations locations with intense political participation. However, alongside with economic crisis occurred a process that took most of the traders and farmers into debt. These formed the "class of borrowers" and pressed the General Assemblies through the Public Assemblies searching for ways to solve your debts.

During this period (1780-1790), as a political consequence of this situation of economic instability, there has been the accession of several State General Assemblies in favor of the debtors. Once in power, the "class of debtors" aimed at legislating on behalf of themselves by forgiving debt, abolishing taxes and making ineffective judicial collection of creditors.

To illustrate the precise historical fact, Carvalho transcribed excerpts from the work of the Argentinian jurist Roberto Gargarella that reports Jonathan Hazard's election to the government of the State of Rhode Island:

In this sense, the most prominent case was that of Rhode Island, where the large group of debtors came directly to control the state government. Indeed, in 1786, the debtors chose Jonathan Hazard (who acted as his chief spokesman) as governor of Rhode Island. His government program consisted almost entirely on measures to alleviate the debt problems, which began to be implemented as soon as Hazard came to power. In Rhode Island, not only coins were issued, but were set fines for those who refuse to accept that currency. Moreover, it was established that judges should

publicly call for creditors who refused to receive the new currency, and cancel the obligations, in case those persist in their refusal. (GARGARELLA, 1996, p. 23, apud CARVALHO, 2007, p. 164)

As stated above, the debtors and their representatives have formed political majority that came to occupy political space, transforming the decision-making arena of General Assemblies in obstacles to enforcement of debt judgments. The attempt of debtors to escape the financial obligations generated a strong reaction by creditors, but these could do nothing in the face of local political power.

This scenario has generated a disbelief in the existing institutional system, especially among lenders and raised fears about the possibility of a legislative despotism. Also according to Carvalho (2007, p. 165), it was in this disturbing institutional environment that federalists thesis gained weight and extension. On October 27th, 1787 was published the first article in the Independent Federalist Journal in New York. In it, the authors James Madison, Alexander Hamilton and John Jay remained anonymous, signing with pseudonym Publius.

For the federalists, the Union should be provided with enough force to control the possible damages caused by factions, as highlighted by Ernani Carvalho quoting James Madison:

One of the main arguments used by federalists to justify the institutionalization of mechanisms that controlled the power of the majority was the need to restrain the violence and factionalism. "I understand faction as a group of citizens, representing either a majority or a minority of the group, united and acting under a common impulse feelings or under interests contrary to the rights of other citizens or permanent and collective interests of the community".

For Madison, the causes of factionalism could not be "cut off from social environment"; Therefore, the only alternative would be to look for ways to control its effects. The solution, in his view, would be the establishment of an effective union of States (a Federation). (CARVALHO, 2007, p. 164).

Institutional stability (governance) was the major concern of Madison and the growing fear of decisions taken by States legislatures would have intensified those concerns.

As a solution against such irrational majority, the institutional structure idealized in the federalist articles improved Montesquieu's teaching, proposing mutual control of the state powers.

The central idea was that the proposed innovations generated greater centralization of power by strengthening the "constitutional supremacy at the

expense of legislative supremacy that reigned at the time." (CARVALHO, 2007, p. 165). From a practical point of view, the intention was that the Institutions with veto power (Supreme Court, Presidential veto and the Senate), established in the Philadelphia Congress, would actuate as barriers to factions impulse and possible dictatorship of the majority.

Concluding with the basic assumptions of institutional design opened in the US Constitution of 1787, Ernani summarizes:

With regard to the North American institutional design, the measures were intended to reverse the situation that had been installed. In this sense, mechanisms were created in order to restrain the "evil thought" actions from the lobby of the debtors. The argument developed in that direction was based on two basic assumptions:

- 1) the belief that in politics, there are few true principles and these are not perceived by the common people and
- 2) the belief that majorities can at any given time, act irrationally. (CARVALHO, 2007, p. 165).

The same thesis - the countermajoritarian strength of the Judiciary in the North American institutional design - can be found in the description made by Alexis de Tocqueville in 1835:

But the American judge is taken against his will, in the political terrain [...]. Closed at its limits, the power granted to US Courts to issue an opinion on the unconstitutionality of laws still forms one of the biggest barriers that were never erected against the tyranny of political Assemblies¹⁴. (Tocqueville, 2002, p. 93).

However, the judiciary's role as the institutionalized political power was not restricted to the United States. This is what sustains Maria Tereza Sadek's statement that "all countries that were inspired by the presidential archetype, somehow, also imported the Judiciary as state power and the possibility of its participation as institution and of its members in the public arena." (SADEK 2011, p. 12).

But if the judiciary's powerful role would be the result of the presidential model, how to explain why judicialization has been seen as a recent process? Maria Tereza Sadek stresses that:

¹⁴ Author's translation. In the original version "*Mais le juge américain est amené malgré lui sur le terrain de la politique [...]. Resserré dans ses limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des Assemblées politiques.*"

Indeed, although the Latin American countries have adopted the presidential system, the political instability, almost chronic, on the one hand, and marked hypertrophy of the Executive, on the other, hampered for a long time the potential development inherent in the presidential system. Thus, the manifestation of the separation of three powers and the consequent expression of judicial role remained latent, implicit in this model of government. (SADEK, 2011, p.12).

Explaining his argument that the highlight in the faculty of magistrates' political activity would be an intrinsic component of the presidential institutional model, Sadek exemplifies:

It is about, we reaffirm, potentiality. So much so that, in the United States, the Judiciary's political Power was not revealed immediately after the promulgation of the Constitution (1787). The transformation of virtual in real resulted from process of strengthening the judicial institution, an achievement that was being consolidated in the political game. (SADEK 2011, p. 13).

His statement can be confirmed by the reading the Federalist Paper no. 78 (1788), whose authorship is attributed to Alexander Hamilton. Although the Federalists have idealized the existence of a Supreme Court as a brake against the factions and a possible dictatorship of the majority, they did not consider the Judiciary as dominant in relation to the other branches. This is what is extracted from the passage quoted in the introduction.¹⁵

Thus, the preponderance of the Judiciary in the public arena was not a result from the Constitution of 1787 immediately, but was the result of several judicial decisions which may be dated. Exactly 16 years have passed from the Philadelphia Congress until the case *Marbury vs. Madison*¹⁶ in 1803:

¹⁵ (Federalist Papers nº 78): "The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment (...)." (HAMILTON, 1961)

¹⁶ As explained Paulo Klatau Filho, the *Marbury vs. Madison* case involved a major political controversy over nominations made by President John Adams (1797 mandate to 1801), the Federalist Party that having lost the campaign for the presidential re-election in 1801 for Thomas Jefferson, enacted laws creating more federal sets of judges and justices of the peace, naming and inducting virtually all on the penultimate day of his term. However, once Thomas Jefferson became president, he refused to induct the missing judges – John Adams' party members – claiming that the appointments were void. *Marbury*, one of the appointed justices of the peace, was prevented from taking office, filed a lawsuit against James Madison, Secretary of State of Jefferson, before the Supreme Court.

The Court's conclusion was that the Supreme Court itself was legitimate to invalidate the appointment *Marbury Act*. In the Minister of the Supreme Court John Marshall's phrase: "(...) the particular wording of the US Constitution confirms and strengthens the principle, considered

The first major success of the Judiciary in the direction of taking up space in the public arena, filling the role of guardian of the Constitution, was given in 1803 in Marbury vs. Madison case. The Supreme Court was then chaired by Marshall. After the Civil War (1861-1863), with the victory of the Union, the Supreme Court started working to control the constitutionality of laws, both federal and state. Since then, the participation of judges in public life - a possibility - has turned increasingly into concrete phenomenon. (SADEK 2011, p. 13).

About how the judicial review was inaugurated, Ernani Carvalho said that the great irony is that the American judicial review was not foreseen constitutionally.

The representative power does not expressly provide that the Supreme Court has the power of judicial review, as it occurred in other countries with such control, the institution of judicial review was established by the US Supreme Court itself.

Although the US Constitution provides the principle of separation of powers classically established by Montesquieu and have enhanced the doctrine of checks and balances in the political system (providing inter alia the Supreme Court) work of the Federalist Papers, the institution of judicial review was a feat of the US Supreme Court itself, in other words, it was not foreseen by the constituents of Philadelphia.

Therefore, the pillars that raised the possibility of the judiciary to intervene in the decision-making process of the Western countries were established in Marbury vs. Madison by Chief Justice John Marshall in 1803. (CARVALHO, 2007, p. 165).

Finally, Maria Tereza Sadek concluded illustrating with examples the richness of situations in which the American Judiciary Power has been called to influence on country's political life.

Indeed, **judges participated in the major political debate**. It would suffice to recall, for illustration only, the dispute between the president of the republic Abraham Lincoln and Chief Justice Roger Taney, about the power limits of the chief executive in times of war; support for racial segregation, denying citizenship to blacks in the first half of the nineteenth century; the invalidation of social laws that aimed to limit working hours in 1905¹⁷; opposition to the New Deal of President Roosevelt; permission for black and white children to attend the same class; the decisions in favor of minorities, affirming the equality between men; decisions in favor of the contraceptive pill and abortion. (SADEK 2011, p. 13, emphasis added).

essential to all written constitutions, that a law that conflicts with the Constitution is void and that the Courts, as well as other departments, are bound by the Constitution. The law should be void." (KLATAU FILHO, 2003, p. 271).

¹⁷ The reference case for the time is the *Lochner v. New York*, 1905, in which the court invalidated a New York law limiting the working hours of bakers to 10 hours a day and 60 hours per week, ruling that the state act was interfering arbitrarily in the constitutional law and individual freedom to contract.

In summary, Sadek says that an examination of US history shows unquestionably that the Supreme Court has played a prominent role in key events in that country, **and the judicial prominence is a significant factor in American history**, and it would not be no coincidence that the first studies of a political nature on the Judiciary have arisen in the United States, on a literature **marked by the debate between those who are in favor and those who are opposite and to judicial activism.**

As it was demonstrated the relevance of the Judiciary Power as the result of the presidential institutional arrangement, since the second half of the twentieth century, the increase in participation and importance of the judiciary has become a global movement, regardless of the distinctions between the systems of government and legal system.

Even more relevant becomes the perception that the phenomenon is not just restricted to the presidential republics, since the European countries, usually in parliamentary regimes, also created judicial review:¹⁸

Strictly speaking, one can say that from the twentieth century, the controversy about the limits of the judicial activism and the need to ensure the Constitution was universalized and extended to the European democracies.

The dispute between Kelsen and Smith [*rectius*, SCHMITT, Carl Schmitt] is paradigmatic. The outcome for the establishment of Constitutional Courts, as advocated Kelsen, reaffirms the plurality of solutions to protect democracy from threats such as Nazism.

These Constitutional Courts, especially after the 2nd World War, have been established in almost all countries.¹⁹ It is, however, independent of the Judiciary and institutions with clear party political nature. (SADEK 2011, p. 14).

Thus, judicial prominence has also been manifested in parliamentary countries, although, as highlighted Sadek (2011, p. 15), "with a lower vitality within different parameters and therefore, with a narrower margin of *manoeuvre*."

¹⁸ Sadek says that "European models are very varied. The French Constitutional Council, for example, is made up of elected and fixed-term members, exercising prior control of constitutionality only of bills and not laws. Already in Italy, judicial review occurs mainly by incidental control of constitutionality, and not by direct action of unconstitutionality or are subject to appeal to the Constitutional Court " (SADEK 2011, p. 14).

¹⁹ Except for the United Kingdom, the Netherlands and Luxembourg, where there is the model of the supremacy of Parliament, without constitutional control system, as highlighted by the author.

About this universalization of the judicial role, Maria Tereza Sadek concludes:

The universalization of the judicial role - despite its greater or lesser degree - suggests that the strict conception of the judge identity, as it is idealized in the concept Judge 'bouche de la loi', lost power and space. The magistrate of recent times considerably increased its participation and has become a political actor, varying, however, its expression. (SADEK 2011, p. 15).

Still, the distinction between legal systems (is English, common law or the European continent, Civil Law) is nor relevant²⁰ to determine the degree of judicialization of a society.

Maria Tereza Sadek and George Tsebelis agree about it:

It is noteworthy that the strength of these changes was of such magnitude that propelled changes in justice institutions, regardless of the government system - presidentialism or parliamentarism - and also the legal system- civil law or common law. (...) In this sense, the differences between the judicial branches, although remain significant, become smaller than those in the past. (SADEK 2011, p. 10).

In the same tone, says Tsebelis:

The usual distinction in Comparative Law is among countries with common law and civil law traditions. In common law countries (UK and all its former colonies, including the United States, Australia, New Zealand, Ireland, Malta etc.), the legal rules are seen less as acts of Parliament and more like the accumulation of decisions and interpretations of the judges. (...) In countries that follow the tradition of civil law, the reasoning of the law is a comprehensive and authoritative legal code. (...) In countries with Civil Law, judges interpret the legal rules , but do not make them. **According to this basic distinction, the judiciary's role should be more important in countries with common law. However, more recent analysis have indicated a convergence of the two systems.** (Tsebelis, 2009, p. 315-316, emphasis added).

Therefore, it is observed that although the institutional model of the American presidential system is the source of our control of constitutionality, he only partially explains the origins of judicialization in Brazil. Thus, according to the proposed approach, we will continue with the analysis of the transformations of constitutional norms that structured the national judicial review.

²⁰ It is worth noting that Ernani Carvalho expressed opposite opinion by defending the need of a differentiated study of the legalization processes of politics occurred within the Constitutional Courts of the main systems of Western law: Roman-Germanic and *Common Law* (CARVALHO, 2007, p. 162).

3 JUDICIAL REVIEW PATH IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL DESIGN

The Executive Branch lacks a power greater than itself. Not only to arbitrate its disputes with other power, the Legislative. [...] The third power is enriched by the discord of the first two, and the judge runs risks, as Raminagrobis²¹, to finish devouring those who turn to him. (Garapon, 1999, p. 44, emphasis added).

The changes in the Brazilian control of constitutionality were articulated mainly by the Executive. [...] The Executive, in its various historical faces, was the real architect of judicial policy. Through decrees, he created and regulated for a long time the highest court of the Republic. (CARVALHO, 2010, p. 200-203, emphasis added).

Observing the philosophical field, Antoine Garapon attributes to the Executive the increase of the Judiciary Power. The same conclusion was obtained in other historical conditions and other hemisphere by Ernani Carvalho, using as a method the observation of the Brazilian constitutional laws.

This topic has its name and much of its content from other work of Ernani Carvalho (2010), in which the author draws a history of institutional rules that delimited the role of the Brazilian Supreme Court in concentrated control of constitutionality. Carvalho argues that the increased incidence and importance of control of constitutionality by the Brazilian Supreme Court follows directly the deployment trajectory and development of control of constitutionality over the Brazilian republican constitutions. (CARVALHO, 2010, p. 177).

As already explained in the method, this work seeks to expose the phenomenon of judicialization from the institutional structure, to demonstrate that the markedly active role of the Brazilian Supreme Court dates back to the constitutional design inaugurated in 1988. Similarly, Ernani Carvalho argues that such constitutional design became the great protagonist of the changes occurred in the judicial decision-making process and that the expansion of the Judiciary Power can be attributed largely to institutional changes that "have strengthened the independence of the Judiciary and increased the possibility of society participation in abstract review litigation ." (CARVALHO, 2010, p. 177-178).

²¹ Fable character "Le chat et la belette le petit lapin" by Jean de La Fontaine, Raminagrobis is a wise old cat, called to solve the intrigue between Jean Lapin and Dame Belette, resolves the dispute devouring both contenders. Although this is a children's fable, the final sentence contains strong social criticism: "Ceci ressemble fort aux débats qu'ont parfois les petits souverains serapportants aux Rois." In author's translation: "this looks a lot like the debates that little lords have when they address to Kings. "

The magistrate's position in the Empire was characterized by its absorption by the political system. In the words of Ernani Carvalho (2010, p. 179), "if the magistrate plays a relevant role in the Crown, he would have a good chance to occupy a good position in the imperial government and even to join a political career." The large inflow of magistrates in political and administrative career encouraged the judiciary to play the role of informal mediator between local policies and the center of imperial power.

In the first Republican Constitution (1891), the control of constitutionality by general courts (diffuse) model imported from US shifted the judge from an informal position, in which there was no legal rule that attested its political role, to a formalized and constitutionally structured position in the separation of powers, in the federalism and in the control of constitutionality. (CARVALHO, 2010, p. 179).

From political actors, the judge became the true arbiters of public conflicts, that is "the judge formally asserts the power to issues of public interest. Theoretically, his condition as mediator is coated with constitutional prerogatives²² that supposedly would break the chains of existing dependence in the monarchy." Carvalho explained in detail:

By formalizing the role of the judge as a political arbitrator, with the establishment of control of constitutionality by general courts (diffuse), the Republican Constitution of 1891 decreases significantly, the political action sphere of the judges. However, the formalization produces a greater independence of the judiciary in relation to the representative powers. (CARVALHO, 2010, p. 179).

The effect of such measure was the framework of the judge in the classical doctrine of separation of powers, changing the political relations between them. Carvalho points out that, on the one hand, there was a decrease in the importance of judges in the national political scene - as the judges failed to be recruited to form the political and bureaucratic elite of the country - on the other hand, the institutional autonomy paved the way to a more discreet and theoretically impartial political participation. In the words of Carvalho (2010, p 179-180.): "Despite being away from the traditional political system, the Brazilian judiciary is invited to participate in this

²² Nowadays, the judges' individual guarantees are the tenure, irremovability and irreducibility of subsidies provided for items I, II and III of art. 95 of the Constitution of 1988. Of these, the tenure and irreducibility of subsidies were already provided for art. 57 of the 1891 Constitution.

system by other way which is more inclined to liberal doctrine of the time and then coated with functional guarantees."

Although political participation has decreased, Aliomar Baleeiro (2001, p. 38) states that it still had not completely closed, "There was no law prohibiting judges' political or party activity and, some judges practised them. There was constitutional guarantee of life tenure (...) and irreducibility of compensation "Another important rule to ensure autonomy was also highlighted by Baleeiro, " it has abolished the placement of judges. In the Brazilian Empire Era, the Executive could do it by act of the Emperor. "

Regarding the Brazilian Supreme Court, since the installation of Casa da Suplicação do Brasil²³ on May 10th, 1808 which was transformed into the Brazilian Supreme Court of the Empire of Brazil by the Constitution of the Brazilian Empire (1824) and later in the Brazilian Supreme Court (STF) with the Republican Constitution of 1891, the judiciary branch had its role modified and expanded (CARVALHO, 2010, p. 178).

Although the Brazilian Supreme Court has been established²⁴ in Brazil from the first Republican Constitution of 1891, the use of a court to solve institutional impasse had already been considered in the time of empire, as highlighted by Oscar Vilhena Vieira:

The idea of putting a court in the center of our political system is not new. As noted by Leda Boechat Rodrigues, Pedro II himself, at the end of his reign, wondered whether the solution to the institutional deadlocks of the Empire would not be in the replacement of the moderating power by a Supreme Court like that of Washington. The epigraph to this text, written by Rui Barbosa²⁵, in 1914, also advocates a political centrality of the Supreme, as an organ of conciliation between the powers. The institutional history of the Republic, however, followed roughest routes. The role of ultimate arbiter of major institutional conflicts in the Empire, fell to moderating power, it was exercised mostly by the army, as

²³ Casa de Suplicação do Brasil 1808

²⁴ In the Constitution of 1824 there was a prediction of a Supreme Court of Justice (art. 163). However, the judicial structure of the empire, such court had no jurisdiction over the constitutionality of laws and normative acts and could either examine the appeal to the "Tribunais de relação" in the provinces, as shown Octaciano Nogueira. The author also states that "the most serious, however, was the widespread practice of virtually all judges to raise doubts about the interpretation of laws, in cases under its judgment, submitting the case for consultation to the executive organs, through the Province presidents." (NOGUEIRA, 2001, p. 40).

²⁵ As says Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 441), Rui Barbosa would have drafted grand part of the Constitution of 1891 and later would have regretted that the intended function had not been effectively implemented. Here are the words of Rui Barbosa contained in the heading of Vieira's text: "The Supreme Court is candle in a dome of state"

claims Alfred Stepan, and only secondarily by the Supreme, as stated by José Reinaldo Lima Lopes and myself. (VIEIRA, 2008, p. 445, emphasis added).

In 1891, there was only control of constitutionality by general court, " the Justice did not repeal the unconstitutional law nor declared it in abstract *erga omnes*, as can be done today." (BALEEIRO, 2001, p. 39).

In previous Constitutions of 1888, the manner how to express the judicialization proved to be very limited. The Constitution of 1934 expressly contained the prohibition of the judiciary to decide on political issues, according to the article 68: it's forbidden to the courts receive and examine political issues.

Among the restrictions on judges and on the judiciary steady in the 1934 Constitution, Ronaldo Poletti states:

The judge even in availability, otherwise charge of the loss could not exercise any other public function, except for the teaching (art. 65). It forbade to him also the political party activities (art. 67); and the judiciary, "know the exclusively political." (POLETTI, 1999, p. 53).

The Constitution of 1934 sharply limited the control of constitutionality by general courts (diffuse) by stating that the declaration of unconstitutionality could only be declared in court by an absolute majority vote of its judges²⁶. Ronaldo Poletti emphasizes that the Constitution's draft was even more strict with the Judiciary Power, stressing that the preliminary draft established [...] that the unconstitutionality could only be decided by votes of two thirds of the Ministers of the Brazilian Supreme Court." (POLETTI, 1999, p. 29).

Regarding the control of constitutionality by special court (concentrated), this came even modestly, only the possibility of petition for federal intervention²⁷, as explains Marcos Aurélio Pereira Valadão:

The petition for federal intervention was introduced in the Brazilian constitutional order by the Constitution of 1934. In its text, the it was limited

²⁶ Here is the text of art. 179 of the 1934 Constitution: "Only by an absolute majority vote of all its judges, the courts may declare the law and the government act unconstitutional ."

²⁷ The Constitution of 1934 "Art. 12. The Union will not intervene in States' public affairs, except: (...) V - to ensure compliance with the constitutional principles specified in letters 'a' to 'h' of art. 7, I, and to provide for the enforcement of federal laws; (...)

§ 2. In the first case of n. V, the intervention will only be effected after the Supreme Court, on the initiative of the Attorney General of the Republic, becomes aware of the legal rule that has decreed and to declare it the constitutionality.

to the control of state laws. The petition was made by the Attorney General of the Republic (requested by the Federal Executive or on its own initiative), and it was for the Supreme Court to declare whether or not it is unconstitutional, what would be necessary for the intervention in the state whose law was considered unconstitutional. With the constitution of 1937, the petition for federal intervention was suppressed, and the federal intervention passed to the control of the Executive Power, typical aspect of a dictatorial government that concentrates power in the hands of the central executive (VALADÃO, 2010, p. 33, emphasis added).

It was only in the Constitution of 1946 that initiated a process of expansion in the powers assigned to the STF. For Carvalho, the expansion of the constitutionally bestowed judiciary power is the result from the exit of totalitarian to democratic regimes:

It is interesting to note that the Constitutions of 1946 and 1988 have not been elaborated based on preordained projects that were offered prior to the Constituent Assembly. Perhaps, not by chance, both were pioneers in delegation of control powers to the judiciary. The preceded political opening of a dictatorial regime created an enabling environment for institutional changes that mitigate the strong power exercised by the Executive. (CARVALHO, 2010, p. 186).

The Constitution of the military regime from 1967, although created the possibility of direct actions of unconstitutionality, this was a restrictive initiative of the Attorney General of the Republic. In the words of Carvalho (2010, p. 187) this meant that "the power to judicialize was in the President's hands, bearing in mind the affinity of the Attorney General of the Republic with the Presidency."

Yet, according to Carvalho (2010, p. 188), there would have been a real fragile judicialization, as the participation of the Supreme Court as a privileged mediator of the political debate occurred only under strict control of what could be judicialized, to attribute legitimation in direct actions of unconstitutionality to act to a sole body (Attorney General of the Republic).

Thus the debate on the exclusivity of actuation by the Attorney General of Republic proved controversial, mainly due to the "legitimacy of the previous judgment that he made on conflicting issues before presenting them in the form of the process of federal intervention. This problem has become more evident after Amendment No. 16 of 11.26.1965." (CARVALHO, 2010, p. 188, emphasis added).

In the context of the military regime, political authorities with no legal legitimacy to file a direct action of unconstitutionality wanted that the Attorney General of the Republic became spokesman of their interests. Ironically, Carvalho

(2010, p. 191) states that as "institutional engineering mounted by the military did not include this generosity, did not take long for this to generate much political uproar and extensive legal discussions."

The highly centralized institutional framework imposed by the military would be characterized by strong political bond that the Attorney General of the Republic had with the President, ensuring, through the monopoly of filing direct actions of unconstitutionality (ADIs), strong control by the Executive of the matters assigned to the Supreme Court. For this controversy institutional structure strongly criticized by opponents of the military regime, notes Carvalho (2010, p. 191), "the constituents of 1988 gave the answer."

The answer came in the form of expansion of active legitimation for filing direct actions of unconstitutionality. That is the major change introduced for democracy and the 1988 Constitution to the active participation of the judiciary in political life:

In general, one cannot deny the increasingly active involvement of the judiciary in the politics. [...] If we consider the control of constitutionality as the key point of this process, the main change in this sense was undoubtedly the expansion of the capacity of filing direct action of unconstitutionality, or more specifically, the art. 103 of the Federal Constitution²⁸. (CARVALHO, 2010, p. 195).

Carvalho (2010, p. 196) points out that the Congress did not adopt the existing model in most countries that had the review of constitutionality in abstract. In the prevailing control of constitutionality in Europe²⁹, the legitimacy to file actions of direct unconstitutionality is restricted to 1/3 of parliament, so that the matters control

²⁸ According to the article 103 of the 1988 Constitution, the legitimized to file direct action of unconstitutionality are: the President of the Republic, the Attorney General of the Republic, the directing board of the federal Senate, the directing board of the Chamber of Deputies, the Directing Board of a State Legislative, Assembly or of the Federal District Legislative Chamber, a State Governor or the Federal District Governor, the Federal Council of the Brazilian Bar Association, a political party represented in the National Congress and confederation of labour unions or a professional association of a nationwide nature.

²⁹ Notable exception is the model adopted in Germany, which allows the Federal Constitutional Court to decide on constitutional complaints filed by anyone (when injured in his or her fundamental rights). So, it contains in the text of *Grundgesetz* (Art. 93, abs. I, 4a): *Das Bundesverfassungsgericht entscheidet [...] über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Absatz 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;*

over what can be judicialized is maintained by the Legislature Power more closely than the model of the 1988 Constitution.

As an explanation for the significant increase in the model adopted by constituent of 1987-1988, Ernani Carvalho (2010, p. 191) notes that the widespread dissatisfaction of political leaders not to have their complaints forwarded to the Supreme Court by the Attorney General of the Republic during the military regime would have boosted the impetus of the constituent to amplify the list of legitimized.

By way of illustration, Bruno Zilberman Vainer narrates the case of the controversy surrounding the (un)constitutionality of the censorship law and dissatisfaction of the Brazilian Democratic Movement (MDB):

It was during the dictatorial period that began - and bubble - discussions concerning the entitlement only of the Attorney General of the Republic for filing of direct action of unconstitutionality, especially after the Decree - Law of the Federal Government established the prior censorship of books, magazines and newspapers in the country. Indeed, the decree originated such outrage that the political opposition party, the MDB, asked the then Attorney General of Republic to conduct the control of constitutionality. (VAINER, 2009, p. 221).

However, after the response of the Attorney General of the Republic, who argued not to be required by law to conduct the review of constitutionality in abstract, there was extensive uproar about the matter, with views of important lawyers defending the two sides of the issue. (VAINER, 2009, p. 221).

In short, Ernani Carvalho states that the control of constitutionality history in Brazil has undergone significant changes since it was imported from US in form of control of constitutionality by general court in Constitution of 1891 to the current form of judicial review in the Constitution of 1988. As it is relevant, one transcribes below the timeline proposed by Ernani Carvalho:

- 1) In the 1891 Constitution, we can say that the implanted **diffuse control of constitutionality by general court (copy of which operated in the United States) in its pure aspect, prevents any kind of control by the Executive**, despite the absence of interference by the Executive, the model was implemented in Brazil, probably because the importance of the judiciary in the political scenario at the time was little;
- 2) **In the 1934 Constitution, the freedom given to the judiciary by the Constitution of 1891 is reviewed, it is crystallized the notion of non-interference of the judiciary in political affairs by prescribing that the decision of unconstitutionality could only be made by a majority of the totality of the members of courts**, restricting thereby their field of action. In the same direction, that constitution also brought in its article 68 an explicit message from a constituent to the courts: "It is forbidden for the Judiciary to

examine issues which are exclusively political." While restricting the diffuse control of constitutionality, the constituent extended the participation of it for a more centralized and strategic way. We are talking about the most significant change, which was the petition for federal intervention entrusted to the Attorney General of the Republic who talked about federal conflicts. **However, it was clear the design of a strict control to which constraints were created, whether by limiting the decisions by the majority or by prohibiting the examination of political conflicts, or even by entrusting the Attorney General of the Republic, confidante of President, the petition for federal intervention.**

3) The 1946 Constitution, as has been said, has preserved some aspects of the 1934 Constitution as: a) the requirement of an absolute majority of the Court's members to the effectiveness of decisions on direct actions of unconstitutionality b) maintained the assignment of the Senate to suspend the law enforcement declared unconstitutional by the Supreme Court. The Federal Constitution of 1946 also changed the petition of federal intervention made by the Attorney General of the Republic, establishing explicitly the principles on which the Attorney General of Republic could base its petition of unconstitutionality. This could be interpreted as a restriction, since in the previous format there was no formal indication. All this indicates that **there weren't, with regard to control of constitutionality, significant changes [...].**

4) **In the 1967 Constitution there was a significant increase in the jurisdiction that could be activated by direct action of unconstitutionality by the General Attorney of the Republic. As we have seen, beyond the abstract control of constitutionality of state and federal laws,** the Attorney General of the Republic had its petition for intervention expanded for purposes. [...].

5) **The 1988 Constitution breaks off any prospect of control or constraint by the Executive.** The list of the legitimated of Article 103 of the Federal Constitution: the President of the Republic, the directing board of the federal Senate, the directing board of the Chamber of Deputies, the Directing Board of a State Legislative, Assembly or of the Federal District Legislative Chamber, a State Governor or the Federal District Governor, the Attorney General of the Republic, the Federal Council of the Brazilian Bar Association, a political party represented in the National Congress and confederation of labour unions or a professional association of a nationwide nature, together with the infinite capacity that the 1988 Constitution offers to be questioned in court, these are resistible ingredients to any form of centralization of the political process. (CARVALHO, 2010, p. 200-201, emphasis added).

Thus, according to Carvalho (2010, p 203.), The increase in the number of legitimated active for filing actions of direct unconstitutionality in the 1988 Constitution - breaking the monopoly of the filing of abstract control of constitutionality by the Attorney General of the Republic - "resulted in an increase also significant for control of constitutionality of proceedings. "

Similarly, Oscar Vilhena Vieira, said the expansion to other political actors, the possibility of control of constitutionality provocation would have transformed the Supreme Court into a "chamber of appeals of majority decisions":

The politicization of the Court's sphere of jurisdiction was expanded from the previous constitutional period, insofar as the legitimacy to file direct actions was given to new political and social actors, as provided by Article 103 of the Federal Constitution, surpassing the stage in which the keys of access to the control of constitutionality by the Supreme were only conferred on the Attorney General of the Republic. This openness of the Supreme to other political actors have transformed the Court, in many circumstances, in a review chamber of majority decisions, from the complaint of those who were defeated in the representative arena. (VIEIRA, 2004, p. 447-448).

But for Vieira, the increase in control of constitutionality proceedings would be mostly the result of constituent's overlegislative ambition. According to Vieira (2008, p. 446), the distrust of ordinary legislators would have led the 1987-88 constituent to legislate on everything. Thus, Vieira continues, the Constitution "transcended the strictly constitutional issues and regulated obsessively precisely a wide field of social, economic and public affairs, in a sort of maximizing commitment."

This process, called by many colleagues as constitutionalization of the legal system, led by the 1988 text, created, however, a huge sphere of constitutional tension and, consequently, generated a constitutional litigation explosion. The equation is simple: if it is a constitutional matter, the freedom given to the political body is very small. Any more sudden movement of the administrators or legislators generates an incident of unconstitutionality which as a rule flows into the Supreme Court. (VIEIRA, 2004, p. 447).

For Ernani Carvalho, another remarkable effect of institutional change would have been to reduce the significance of incidental control of constitutionality by general courts (diffuse). For the author, by expanding significantly the circle of legitimated actives who are able to file actions of constitutionality the Supreme Court in the abstract control of constitutionality of laws, the constituent ended up restricting, in a radical way, the amplitude of the general review by general courts.³⁰

This emptying of the control of constitutionality by general courts (diffuse) has been largely due to the advantages of concentrated control of constitutionality in two points of views:

1) political point of view: no political cost for those who propose the possibility of veto to a proposal from the Executive or the legislative majority, the character of greater visibility of a direct action of unconstitutionality and its media effect caused by the extension *erga omnes* of the case;

³⁰ A necessary explanation: Diffuse control, considered mitigated here, refers to control of constitutionality by the form of extraordinary appeal to the Supreme Court. It is therefore the analysis that the concentrated control (of actions of direct unconstitutionality and the like) would have mitigated the importance of incidental control in the STF. It is noteworthy that the control of constitutionality by general courts (diffuse), conducted by judges of other instances was not Ernani Carvalho's analysis target in the consulted article (2010).

2) legal point of view: the wide legitimacy, agility and expeditiousness of this procedural model, which also includes the possibility of immediately suspending the effectiveness of the legal rule in question, at the petitions of provisional remedy. (CARVALHO, 2010, p. 196).

However, it should be noted that such a preponderance of concentrated control of constitutionality receives criticism. Extensive empirical study guided by researchers Alexandre Costa and Juliano Benvindo³¹ reproves the emptying the diffuse control:

These conclusions, which stem from direct empirical reference³², show that there is a severe mismatch between the judicial activity and the theory that the Constitution of 1988 by expanding the list of legitimated, would have built a 'Constitution defense system so complete and so well structured that, in particular, nothing is owed to the most advanced legal systems of today. " It is shown in this analysis, that this well structured and well comprehensive system **has not actually developed a real defense of fundamental rights and guarantees, nor the expansion of the list legitimated favored this movement.** On the contrary, the Constitution and subsequent legal and judicial decisions movements favored the construction of a gradual process, but effective, **withdrawal of other ways, such as judicial review by general courts (diffuse) and concrete control of constitutionality, as a tool for this defense of fundamental rights and guarantees.** The expansion of the concentrated control of constitutionality, less citizen and effective in defense of fundamental rights and guarantees, has been accompanied by the discourse subtraction that takes place in the in the judicial review by general courts (diffuse) systems. In short, there is a clear problem that has been diagnosed and we need a strong civic debate on the role that we should expect of a constitutional court. (COSTA *et. al.*, 2010, p. 43, emphasis added).

³¹ The article, entitled "A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs " was presented at the 7th. Meeting of the Brazilian Political Science Association, in Recife, Pernambuco.

³² The data collected by the authors show that "this control performed by direct actions of unconstitutionality does not interest most of the legitimated, given that they did not use it neither frequently nor effectively. The President of the Republic, the directing board of the federal Senate, the Directing Board of a State Legislative, Assemblies of the States rarely use direct action of unconstitutionality. Together, these four legitimate account for less than 2% of direct action of unconstitutionality filed either in the universe analyzed in this research or in the total universe of processes. Directing Boards of the Chamber of Deputies never even come to propose any direct action of unconstitutionality, since its creation, and Directing Boards of the Chamber of Federal Senate only took a matter to the Supreme Court by direct action of unconstitutionality. (...) Different situation is in the other four legitimated groups, which have a very active participation, answering each of them by 20 to 30% of the total direct actions. They are: political parties, the Attorney General of the Republic, class entities and State Governors. Among them, those who benefit most directly from direct actions of unconstitutionality are the governors, who have the highest success rate and the higher gross amount of deferred decisions and processes. And the decision profile indicates that the direct actions of unconstitutionality directly benefit the governors involved, inasmuch as they result from political conflicts between the governors and Legislative Assemblies. "(COSTA *et. al.* 2010, p. 39-40)

Despite the worrying conclusions of the research regarding the ineffectiveness of concentrated control of constitutionality in the defense of fundamental rights and guarantees (COSTA *et. al.*, 2010), for the continuation of this work we are specially interested in the advantages pointed out by Carvalho (2010, p.196), since they will provide the explanation for the intensive use of the concentrated control of constitutionality by political actors that we will see in the third chapter.

4 FINAL CONCLUSIONS

We have seen that the American constitutional design of 1787 left the Judiciary branch in a prominent position in an institutional arrangement in which it sought protection against eventual legislative majorities, but contrary to the interests of the constituents. The effective implementation of judicial review, however, did not appear by delegation of powers to the Judiciary, but by the power of judicial decision, being the case of *Marbury v. Madison* in 1803 the major milestone.

In Brazil, the 1891 Republican Constitution imported from the US system the control of constitutionality. The control of constitutionality exercised over concrete individual cases as judicial review by diffuse control of constitutionality, had no major impact on political issues, since the Brazilian legal system did not adopt any method for linking the preceding decisions by the Federal Supreme Court - unlike the common legal system from where it originated.

Over the successive constitutional changes, Brazil progressed towards the adoption of the concentrated control of constitutionality, first only with centralizing goals (petition for federal intervention), then also to monitor whether state laws comply with the Constitution and, finally, in abstract, but only at the initiative of the Attorney General of the Republic.

It was from 1988, with the extension of the legitimated (art. 103 of the Constitution in 1988) to 9 different categories that control became widely exercised.

However, maintaining the possibility of judicial review by general courts (diffuse) and by incidental control of constitutionality - either by any judge, or by appeals to the Supreme Court, but always in the concrete case - our system expresses originality in relation to other existing systems. It assembles wide

possibilities to raise question relating political issues examined by the Judiciary Power and thus to judicialize political debates.

The peculiarity that interests us particularly is that unlike the American case (in which the judicial review was "created" by the Supreme Court), in Brazil the control of constitutionality-powers obtained by the Judiciary were expressly delegated by the political powers. Along the Brazilian constitutional history, one can see that the assignment of control of constitutionality has been progressively extended by the initiative of the other branches of the republic - Executive and Legislative - which shows that the current institutional arrangement occurred as a result of the political will.

With regard to the institutional changes brought by the 1988 Constitution, we can synthesize three elements of outstanding importance for reflection:

1- The strengthening process of the Judiciary in comparison with other Powers was slow and **strategically authorized by the Executive**. In Brazilian political history, full of authoritarian political passages, the courts' dependence in relation to the Legislative Power, and especially to the Executive Power, only weakened in the 1988 Constitution.

2- Still, the search for greater autonomy and independence of the Judiciary, although it has been constant in constitutional history, **only showed strong contours in the 1988 Constitution**. In Ernani Carvalho's words (2010, p. 203), "the conquered autonomy will be an important explanatory vector of the legalization process of politics."

3- Finally, the judicial authority expansion process becomes more intense with the adoption of detail-oriented constitutions, or "ambitious", as Vieira prefers (2008, p. 443) by stating that "many contemporary constitutions are suspicious of the legislator, opting for deciding everything and leaving to the Legislative and the Executive only the function of implementing constituent will." In this respect, the task of ensuring that the Constitution transforms the Judiciary in the privileged room for deliberation of the great political debates.

5 REFERENCES

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. 2. ed. Brasília : Senado Federal, 2001.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Judicial e Judicialização da Política no direito ocidental: Aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 28, p. 161-179. Nov. 2007. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782007000100011>>. Acesso em 07 out. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207. Jan/Abril 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222010000100007>>. Acesso em: 06 out. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. **Por um conceito operacional de judicialização da política**. Anais do 7o. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife-PE, 2010. Disponível em <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/12_7_2010_22_18_4.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs**. Anais do 7o. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife-PE, 2010. Disponível em: <www.academia.edu/11748536/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade_Um_perfil_das_decis%C3%B5es_de_proced%C3%Aancia_em_ADIs_2010>. Acesso em: 08 out. 2015.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HAMILTON, Alexander. **Federalist No. 78**. *The Federalist Papers*, 1961. Disponível em <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 08 out. 2015.

KLATAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 02 jul/dez 2003, Método, São Paulo, 2003.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **De l'ésprit des lois**. Paris, Édition « l'Intégrale », Seuil, 1964. Disponível em: <<http://classiques.uqac.ca>>. Acesso em: 08 out. 2015.

_____. **O Espírito das Leis**. Trad. atribuída pelo editor à Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. 2. ed. Brasília : Senado Federal, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal, 1999.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De La démocratie en Amerique I**. 13. ed. Publication en version numérique par Jean-Marie Tremblay. Chicoutimi, Canada : 2002. Disponível em:

<classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_t1_1.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

TSEBELIS, Georg. **Atores com Poder de Veto: Como funcionam as instituições políticas**. Trad. Micheline Christophe Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade e as perspectivas de uma corte constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 14 – jul./dez. 2009. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Predominancia_do_Controlo_Concentrado\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_(Predominancia_do_Controlo_Concentrado).pdf)>. Acesso em: 08 out. 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. Direito GV**. v.4, n.2, p. 441-463, 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

EUROCEPTICISMO NO PARLAMENTO EUROPEU. ANÁLISE DO COMPORTAMENTO LEGISLATIVO E POLÍTICO DOS DEPUTADOS EUROCEPTICOS NA QUARTA, QUINTA E SEXTA LEGISLATURAS (1994-2009)¹

EUROSCEPTICISM IN THE EUROPEAN PARLIAMENT. ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE
AND POLITICAL BEHAVIOR OF EUROSCEPTIC MEMBERS OF THE EP
IN THE FOURTH, FIFTH AND SIXTH LEGISLATURES (1994-2009)

María Victoria Alvarez²

Resumo

A oposição à integração europeia, mesmo se marginal por décadas, tornou-se uma dimensão transcendental do sistema político da União Europeia (UE) nos últimos anos. Esta questão é particularmente relevante no Parlamento Europeu (PE), a única instituição Europeia diretamente eleita pelos cidadãos. Este trabalho analisa especificamente a oposição à integração europeia no âmbito do PE, expressada no comportamento legislativo e político dos deputados Eurocepticos (fazendo a distinção entre Eurocepticos 'duros' e 'moles') na quarta (1994-1999), quinta (1999-2004) e sexta legislaturas (2004-2009). Ao longo da história do PE tem havido partidos ou facções Eurocepticos, mas a transferência dos Eurocepticos na arena política nacional para PE manifestou-se claramente da quarta legislatura, quando ingressaram os primeiros representantes dos partidos políticos focados na sua oposição à UE. Esta tendência continuou confirmando-se, com alguns altos e baixos, em sucessivas legislaturas. O grande paradoxo para deputados Eurocepticos é que eles conseguiram ser eleitos como membros de uma instituição que se opõem e, tendo assumido as suas posições, devem operar dentro da mesma. O fato de que os partidos Eurocepticos são diferentes na intensidade de sua oposição à integração europeia e nos argumentos que são apresentados para opor-se, refletem-se nas diferentes tendências de comportamento entre seus representantes no PE.

O objetivo deste artigo é abordar um tema que há sido pouco tratado pela literatura especializada e analisar as forças de oposição à União Europeia ao coração do Parlamento Europeu.

Palavras-chave: Parlamento Europeu. Eurocepticismo. Comportamento legislativo e político dos deputados Eurocepticos.

¹ Artigo submetido em 29/11/2015, aprovação comunicada em 30/11/2015.

² Professora da Faculdade de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade Nacional de Rosário (UNR-ARG). Doutora em Relações Internacionais (UNR-ARG). E-mail: <maria.alvarez@fcpolit.unr.edu.ar>.

Abstract

Opposition to European integration, even if marginal for decades, became a transcendental dimension of the political system of the European Union (EU) in recent years. This issue is particularly relevant in the European Parliament (EP), the only European institution directly elected by citizens. This paper analyzes specifically the opposition to European integration in the framework of the EP, expressed in the legislative and political behavior of Eurosceptic Members of the EP (making the distinction between 'hard' and 'soft' Eurosceptic MEPs) in the fourth (1994-1999), fifth (1999-2004) and sixth legislatures (2004-2009). Throughout history there have been Eurosceptic parties or factions in the EP, but the transfer of Eurosceptics from the national political arena into the PE clearly manifested itself in the fourth legislature when the first representatives of political parties focused on their opposition to the EU joined the EP. This trend was confirmed, with some ups and downs, in successive legislatures. The paradox to Eurosceptic MEPs is that they managed to be elected as members of an institution they oppose and, having assumed their positions, they must operate within it. The fact that Eurosceptic parties differ in the intensity of their opposition to European integration and on the arguments presented to oppose it, are reflected in different trends of behavior among their representatives in the European Parliament.

Keywords: European Parliament. Euroscepticism. Eurosceptic MEPs' legislative and political behavior.

Sumário: 1. Introdução. 2. El concepto de euroescepticismo y el euroescepticismo en los partidos políticos. 3. El euroescepticismo en el Parlamento Europeo. 4. El comportamiento legislativo general de los diputados euroescépticos en la Cuarta, Quinta y Sexta legislaturas. 5. El comportamiento legislativo por tema de los diputados euroescépticos en la Cuarta, Quinta y Sexta legislaturas. 6. El comportamiento político de los diputados euroescépticos en la Cuarta, Quinta y Sexta legislaturas. 7. Reflexiones finales. 8. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

La oposición a la integración europea, aunque marginal durante décadas, se ha convertido en una dimensión trascendental del sistema político de la Unión Europea (UE) en los últimos años. Aún desde los orígenes de la integración en Europa, diversos movimientos y actores se han opuesto a ella. Especialmente desde los años noventa, el euroescepticismo forma parte no sólo de las realidades político-partidarias de los Estados miembros de la UE sino también de la propia dinámica de las instituciones europeas. Esta cuestión es de una relevancia particular en el Parlamento Europeo (PE), una de las asambleas directamente elegidas más poderosas del mundo (HIX, et. al, 2003, p. 192).

El PE constituye un escenario especialmente propicio para realizar una investigación sobre las fuerzas euroescépticas dado que es la única institución de la

UE donde la manifestación explícita de posturas opuestas a la integración europea ha estado presente de forma continua. En cambio, tanto en la Comisión Europea, dado el procedimiento por el cual son elegidos los Comisarios, como en el Consejo, habida cuenta de la esencia cooperativa y diplomática de su labor y las escasas posibilidades de que los partidos fuertemente euroescépticos lleguen a los gobiernos nacionales, la presencia de miembros euroescépticos es algo sumamente inusual.

A lo largo de toda la historia del PE, ha habido partidos o facciones partidarias euroescépticas, pero el traspaso de los euroescépticos de la arena política nacional al PE se manifiesta claramente a partir de la Cuarta Legislatura (1994-1999). Es en 1994 cuando ingresan por primera vez representantes de partidos políticos enfocados esencialmente en su oposición a la UE (*'issue-single parties'*) (Leconte, 2010, p. 130). Esta tendencia, con algunos vaivenes, se ha seguido confirmando en las sucesivas legislaturas.

A lo largo de las tres legislaturas bajo estudio (Cuarta, Quinta y Sexta legislaturas), alrededor del 23% (en promedio) de los miembros del PE han sido euroescépticos (más allá de cómo se hayan organizado al interior del mismo), además de haber habido diversos grupos euroescépticos en la Séptima Legislatura (2009-2014), que han sido reeditados en la actual (Octava) legislatura (2014-2019). Contabilizando las cuatro legislaturas, la proporción de euroescépticos en el PE fue algo más del 22%, sin tener en cuenta su organización por grupos políticos. Sin embargo, en el actual periodo legislativo se revierte la tendencia evidenciada en el PE desde 1994, ya que los diputados anti-integración constituyen actualmente el 30% de la asamblea.

La paradoja para los diputados euroescépticos en el PE es que, por un lado, en la mayoría de los casos su ideología los compromete a ser críticos vehementes de la UE –inclusive promoviendo directamente la salida de su Estado nacional de la misma. Pero, por otro lado, se benefician de la UE – obteniendo recursos económicos, representación, legitimidad y contactos – y son parte de una de sus instituciones fundamentales. Ello implica que estos diputados asisten al Pleno, votan, formulan preguntas, redactan propuestas de resolución, y realizan otras acciones dentro de un contexto institucional cuya existencia y/o legitimidad objetan en mayor o menor medida.

En este trabajo analizamos cómo actuaron en el PE los diputados que ostentaban posiciones opuestas a la integración europea, teniendo en cuenta que lo hicieron dentro de un marco institucional complejo: el PE es una institución supranacional, sus miembros provienen de diferentes partidos políticos nacionales, y, una vez en el mismo, la mayoría de los diputados se organizan en grupos políticos según sus afinidades político-ideológicas y no por nacionalidades, lo que constituye el principio organizacional interno más importante del PE (KREPPEL, 2002; HIX et. al 2007; JUDGE Y EARNSHAW, 2003, entre otros).

En este artículo no sólo examinamos el **comportamiento legislativo o de votación** de los diputados euroescépticos en las votaciones nominales generales y clasificadas por temáticas, sino que analizamos también lo que denominamos aquí el **comportamiento político**, es decir, acciones relacionadas con las atribuciones de los diputados de participar en comisiones parlamentarias, ser ponentes de informes en comisiones parlamentarias, tomar parte en los debates en el Pleno, proponer resoluciones, y formular preguntas a otras instituciones europeas, entre otras.

El **objetivo general** de nuestra investigación consiste en analizar las tendencias³ del comportamiento legislativo y político de los diputados euroescépticos del PE en la Cuarta, Quinta y Sexta legislaturas.⁴ Entre los **objetivos específicos** incluimos: examinar el comportamiento legislativo de los diputados euroescépticos a través de las votaciones nominales en general (*primer objetivo específico*); analizar el comportamiento legislativo de los diputados euroescépticos a través de las votaciones nominales por temas (*segundo objetivo específico*); y examinar el comportamiento político de los diputados euroescépticos, que incluye asistir a las votaciones (índice de presentismo), participar de comisiones parlamentarias y redactar informes de comisión (funciones legislativas), formular preguntas escritas (funciones de control), enunciar propuestas de resolución (poder de deliberación general), e intervenir en el Pleno (actividad de debate legislativo) (*tercer objetivo específico*).

³ No es aleatorio el uso de la expresión "tendencias" ya que no hallamos patrones rígidos de conducta en todos los casos.

⁴ El trabajo aborda una temática delimitada en el ámbito del euroescepticismo en el escenario político europeo y más particularmente, en el PE, que presenta una importante vacancia, ya sea porque los diputados euroescépticos no suelen formar parte de la "grand coalition" entre los grupos mayoritarios (JUDGE Y EARNSHAW, 2003, p. 151), ya sea porque son numéricamente inferiores, o porque presentan dificultades, especialmente los euroescépticos más radicales, para organizarse en grupos transnacionales y cooperar con otros eurodiputados.

Luego de esta introducción, el artículo avanza algunas consideraciones sobre el concepto de euroescepticismo, particularmente, del euroescepticismo en los partidos políticos. Posteriormente referimos al euroescepticismo en el PE, para luego describir los resultados de nuestra investigación. Logramos arribar a la conclusión de que el hecho de que los partidos euroescépticos difieran en la intensidad de su oposición a la integración europea y en los argumentos que esgrimen para oponerse a ella, se ve reflejado en diferentes tendencias de conducta entre sus representantes en el PE.

2 EL CONCEPTO DE EUROESCEPTICISMO Y EL EUROESCEPTICISMO EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El término euroescepticismo es de relativamente reciente cuño. No fue utilizado como tal en las primeras décadas de la integración europea, aunque ello no significó la inexistencia de oposición o dudas desde los momentos inaugurales del proceso integracionista. Pese a la diversidad de opiniones sobre el lugar y el momento exacto en que el término surgió,⁵ el término “euroescepticismo” constituye un concepto derivado del discurso periodístico más que de la Ciencia Política (SZCZERBIAK Y TAGGART, 2003, p. 6), lo cual dificulta su definición rigurosa.⁶

⁵ Los orígenes del concepto pueden rastrearse en artículos periodísticos escritos por la prensa británica en los años ochenta (Vasilopoulou, 2009, p. 4). Algunos afirman haber hallado el momento preciso en que emergió el término: su primer uso público se habría realizado en un artículo del 30 de junio de 1986 publicado por *The Times* dedicado a la Primera Ministra británica Margaret Thatcher (Hooghe y Marks, 2007, p. 127, nota 2). Más tarde, el discurso de Thatcher en el Colegio de Europa (Brujas, Bélgica), el 20 de septiembre de 1988, fue considerado como un hito en el desarrollo de la oposición a la integración europea. Fue la primera vez que un líder europeo criticaba la dirección que había tomado el proceso de integración (USHERWOOD Y STARTIN, 2013, p. 3). Otros afirman que el término fue utilizado por primera vez en una publicación de *The Economist* del 26 de diciembre de 1992. El artículo recurría a este concepto para describir la amarga opinión de los ciudadanos alemanes respecto a la integración europea luego de que Alemania fuera intimada a modificar la pureza de su cerveza para adecuarla a las normas del mercado interno (HOOGHE Y MARKS, 2007, p. 120).

⁶ El término escepticismo por sí solo significa una actitud que se relaciona con la duda o la incredulidad. El *euroescepticismo*, en su significado literal, refiere a actitudes escépticas respecto de Europa o la integración europea. Pero el concepto fue evolucionando para apartarse de su sentido más textual y aproximarse a la noción de “oposición” y “crítica”: se fue alejando de su vinculación con una actitud neutral para pasar a ligarse con actitudes negativas en torno de Europa y la UE.

En general, en el discurso académico y político actual, así como en el de los medios de comunicación, el término euroescepticismo es equivalente a diferentes formas de oposición a la integración europea (Leconte, 2010: 5). En nuestro trabajo, suscribimos a una concepción amplia del término según la cual **el euroescepticismo expresa dudas o aprensión respecto de la integración europea, manifestado en un amplio espectro de posiciones críticas que incluye la oposición frontal y abierta** (HOOGHE Y MARKS, 2007, p. 120).

El euroescepticismo resulta una noción compatible con diferentes ideologías en el espectro político, que se extiende desde la extrema derecha hasta la extrema izquierda, y hasta forma parte de algunos partidos mayoritarios de centro. No constituye, evidentemente, una ideología única u homogénea (LECONTE, 2010, p. 5). Más importante aún, los partidos euroescépticos pueden diferir en la intensidad de su oposición a la integración europea y en los argumentos y razones que esgrimen para oponerse a ella.

Sin embargo, confluyen en la crítica hacia el proceso, llegando a proponer, en los casos más extremos, la paralización o disolución del proceso, o la salida de un país miembro; mientras que, en otros casos, los partidos cuestionan los valores en los que se basa el proceso, como la economía de mercado, la libre competencia, y la no-discriminación, así como sus principios, como la cesión de soberanía, la delegación de competencias nacionales a las instituciones europeas, o la primacía del derecho de la UE sobre el derecho nacional (LECONTE, 2010, p. 8).

Más que lograr arribar a una definición uniforme y consistente del término, la literatura sobre euroescepticismo partidario se ha concentrado en aplicar diferentes tipologías a los partidos políticos nacionales según su actitud en torno de la integración europea. El debate se ha concentrado en los tipos o categorías de euroescepticismo (encontrando tantas tipologías como autores dedicados a la temática existen), relegando la insoslayable tarea de consensuar una definición unívoca.

Los autores más prolíficos en el tema, Taggart y Szczerbiak, desglosaron originalmente el concepto de euroescepticismo partidario en la distinción entre **oposición de principio** a la integración europea (euroescepticismo 'duro' o '*hard euroscepticism*') y **oposición contingente o circunstancial** (euroescepticismo 'blando' o '*soft euroscepticism*') (SZCZERBIAK Y TAGGART, 2000).

Posteriormente, estos autores reformularon la idea de euroescepticismo ‘duro’ y ‘blando’ concentrándose en las actitudes de los partidos políticos en cuanto a la oposición a la cesión o transferencia de competencias soberanas desde los Estados hacia un centro supranacional, distinguiendo entre el apoyo o la oposición al *proyecto de integración europea ‘tal como se lleva adelante en la UE’*, y las actitudes de un partido en torno de la *trayectoria actual o futura de la integración* (SZCZERBIAK Y TAGGART, 2008, p. 3).

Entonces, podemos distinguir entre dos tipos de euroescepticismo. Por un lado, aquellos que se oponen “por principio” a la integración europea encarnada en la UE, afín al euroescepticismo ‘duro’ (SZCZERBIAK Y TAGGART, 2002, 2003, 2008), con deseos de bloquear o paralizar el proceso de la integración europea (Leconte, 2010, p. 42), o buscar la salida de un Estado miembro, y que es capaz de criticar duramente algunas políticas “centrales” de la UE (SZCZERBIAK Y TAGGART, 2008). Y, por otro, aquellos que se oponen, no al sistema político europeo en sí, sino a la trayectoria actual o futura de la UE, en una oposición más limitada o contingente, análoga al euroescepticismo ‘blando’ (SZCZERBIAK Y TAGGART, 2002, 2003, 2008), y en consonancia con una crítica constructiva al proceso de integración, en un intento por mejorar una o varias instituciones, políticas o prácticas existentes (FLOOD, 2002).⁷

3 EL EUROESCEPTICISMO EN EL PARLAMENTO EUROPEO

El espacio político-partidario del PE está basado en dos dimensiones centrales: además de la tradicional dicotomía izquierda-derecha, también es posible encontrar, aunque en forma subsidiaria, la dimensión de conflicto y coalición en torno de posiciones a favor o en contra de la integración europea y de la UE (RAUNIO,

⁷ A los fines de nuestra investigación, la distinción entre euroescepticismo ‘duro’ y ‘blando’ para clasificar a los partidos y grupos euroescépticos en el periodo bajo estudio, ha sido realizado gracias a las bases de datos sobre posicionamientos de partidos fundamentadas en las encuestas de expertos de la Universidad de North Carolina-Chapel Hill de 1999, 2002 y 2006, y otras fuentes suplementarias. Dado que estas fuentes conciben solamente la distinción entre euroescepticismo ‘blando’ o ‘duro’, nuestro análisis utiliza únicamente esa distinción binaria, aunque admitimos que ambos tipos de euroescepticismo deberían considerarse como grados o escalas de un continuum (RAY, 2007, p. 157) dada la variedad de posiciones que interactúan dentro de la noción global de euroescepticismo.

2007; HIX 1999; HIX, et. al 2007). En las últimas décadas las investigaciones han comprobado la estabilización de los grupos euroescépticos en el PE y la persistencia de la división pro/anti-integración dentro de esta institución europea (BRACK, 2013, p. 85).

Muchos de los diputados euroescépticos presentan un dilema fundamental, al cuestionar a la institución de la que forman parte, o inclusive, al propio sistema político europeo. Si bien entre 1952 y 1979 el método de selección de los diputados al PE (envío de delegados de los parlamentos nacionales) explicaba la “sobre-representación” de diputados con orientaciones favorables a la integración,⁸ a partir de las primeras elecciones europeas directas en 1979, pasaron a tener representación un determinado número de diputados que declaraban abiertamente su oposición al proceso de integración (BRACK Y COSTA, 2009, p. 1).

Posteriormente, el proceso de ratificación del Tratado de Maastricht condujo a la emergencia de fuerzas políticas nuevas y reveló la fortaleza del euroescepticismo a lo largo del continente. Las elecciones europeas de 1994 reforzaron la posición del euroescepticismo al interior del PE con la llegada de representantes de partidos anti-UE, y la consiguiente conformación de grupos euroescépticos *per se*. Desde entonces, el proceso de “constitucionalización” de la UE promovió aún más el euroescepticismo, y las elecciones al PE proveyeron a los grupos euroescépticos un foro para su movilización (USHERWOOD Y STARTIN, 2013).⁹ A su vez, las últimas ampliaciones de la UE contribuyeron a consolidar las filas de voces disidentes y ampliar el rango de actitudes euroescépticas (BRACK, 2013, p. 87).

La aparición de estas fuerzas se produjo en una institución donde ha existido una fuerte tendencia por parte de los grupos políticos moderados de centro

⁸ Sin embargo, hubo fuerzas euroescépticas antes de las elecciones directas al PE, como los gaullistas y algunos socialistas radicales franceses, y liberales alemanes y holandeses (mientras que los comunistas se negaron a enviar delegados al PE). En los años setenta, se añadieron comunistas y conservadores de los países que ingresaron en 1973 (Leconte, 2010, pp. 129-130).

⁹ Las elecciones al PE representan una arena electoral privilegiada para los partidos euroescépticos (Leconte, 2010, pp. 128-129). Los comicios europeos tienen ciertas características por ser elecciones nacionales de “segundo orden” (*second-order elections*) (Reif y Schmitt 1980) que permiten un comportamiento electoral infrecuente. Por un lado, el voto en las elecciones europeas castiga al gobierno nacional de turno y recompensa a las formaciones minoritarias o alternativas; y por otro lado, sirven de plataforma y exhibición de sus reivindicaciones internas (Gómez-Reino, 2009, pp. 2-3; Alvarez, 2012, p. 12). Ello ha sido confirmado en las elecciones al PE que se realizan desde 1979 (MARSH 1998, citado por Judge y Earnshaw, 2003, p. 71).

(Socialistas, Cristiano-demócratas y Liberales) a ser favorables a una mayor unidad europea (SCULLY, 1999, p. 9). Esta tendência “pro-integración” que el PE ha asumido tradicionalmente no ha impedido, entonces, desde las primeras elecciones directas, y, en especial desde 1994, la actuación de fuerzas críticas u opositoras a la integración europea, a través de diputados euroescépticos. Con los años, éstos no han visto reducido su número, aunque haya variado su organización interna.

Luego de las elecciones de 1994, los diputados euroescépticos se organizaron en diferentes grupos: el Grupo de Alianza Democrática Europea (ADE) (integrado por gaullistas franceses, el *Fianna Fail* (FF) irlandés, y diputados conservadores griegos y portugueses);¹⁰ el Grupo Europa de las Naciones (EDN),¹¹ con partidos nacionalistas franceses y daneses contrarios al Tratado de Maastricht, y la derecha confesional holandesa; y Forza Europa (FE), compuesto por los veintisiete diputados que *Forza Italia* (FI) consiguió en 1994. Además, había partidos euroescépticos en el **Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria** Europea (*Gauche Unitaire Européenne*, GUE), donde estaban los comunistas franceses, griegos y portugueses. Dicho grupo modificó su nombre y pasó a llamarse GUE/NGL (al agregar la sigla NGL del inglés *Nordic Green Left*)¹² para incluir a la Izquierda Verde Nórdica, al incorporar a suecos y finlandeses en 1995.

En la Quinta Legislatura, la ADE/UPE se convirtió en el Grupo Unión por la Europa de las Naciones (UEN), compuesto por partidos conservadores irlandeses y portugueses, post-fascistas italianos, Partido del Pueblo danés (*Dansk Folkeparti*, DF) y euroescépticos de derecha franceses. Por su parte, el grupo EDN/I-EDN se convirtió en el Grupo de la Europa de las Democracias y Diferencias (EDD), formado por partidos radicales de derecha franceses y holandeses, y partidos anti-UE, uno británico (Partido de la Independencia del Reino Unido, *United Kingdom Independence Party*, UKIP) y otro danés (*Folkebevægelsen mod EU*, FmEU). También en la Quinta Legislatura encontramos al GUE/NGL como otro terreno para euroescépticos en el PE, con euroescépticos daneses, comunistas y socialistas radicales franceses, el Partido del Socialismo Demócrata alemán (*Partei des*

¹⁰ En julio de 1995 FE se incorporó al grupo ADE, que pasó a llamarse **Unión por Europa (UPE)**.

¹¹ En la Cuarta Legislatura sufrió un cambio de denominación al pasar a llamarse Grupo de Independientes por una Europa de las Naciones (I-EDN) el 20 de diciembre de 1996.

¹² En el PE este grupo es conocido por las siglas GUE/NGL y no por sus siglas en otros idiomas, y por ello es la sigla que utilizamos en este trabajo.

Demokratischen Sozialismus, PDS), comunistas griegos, portugueses, españoles e italianos, socialistas holandeses e izquierda finlandesa y sueca.

En la Sexta Legislatura, al grupo nacionalista UEN se incorporó el Movimiento 'Ley y Justicia' polaco (*Prawo i Sprawiedliwość*, PiS), los partidos populares agrarios de los tres países bálticos y ultraconservadores lituanos, la Liga Norte (*Lega Nord*, LN) italiana y otros tres partidos polacos agrarios y conservadores. Por su parte, el EDD se convirtió en el Grupo Independencia/Democracia (IND/DEM), con el UKIP británico, Liga de las Familias polacas (*Liga Polskich Rodzin*, LPR), y euroescépticos suecos, franceses, daneses y derecha confesional holandesa, entre otros; mientras que el grupo de comunistas y de la extrema izquierda (GUE/NGL) sumó a comunistas checos, chipriotas y eslovacos, y también al *Bloco de Esquerda* portugués, *Sinn Féin* irlandés y Movimiento anti-UE danés. Además, a lo largo de las tres legislaturas el grupo de los Verdes en el PE, que pasó a denominarse Grupo de los Verdes/Alianza Libre Europea (V/ALE) a partir de 1999 –al unirse partidos regionalistas y nacionalistas–, contó con numerosos partidos euroescépticos entre sus integrantes.¹³

En este trabajo apuntamos no sólo a conocer el comportamiento de votación de los diputados euroescépticos en forma general a lo largo del periodo de estudio –analizado a través del índice de cohesión en votaciones nominales–, sino también a distinguir cómo votan cuando tienen que decidir si respaldan, por ejemplo, una mayor integración europea, más poderes del PE, o el ingreso de nuevos Estados miembros. Logramos este tipo de análisis gracias al estudio del comportamiento legislativo según las temáticas abordadas en las votaciones. Finalmente, examinamos el comportamiento político, a través de diversas acciones e instrumentos que los diputados tienen a su disposición en forma individual, más allá de la manera en que votan.

4 EL COMPORTAMIENTO LEGISLATIVO GENERAL DE LOS DIPUTADOS EUROESCÉPTICOS EN LA CUARTA, QUINTA Y SEXTA LEGISLATURAS

Al igual que la abundante literatura especializada sobre comportamiento legislativo en el PE (HIX, 2001; NOURY, 2002; HIX, et. al 2007; KREPPEL, 2002,

¹³ También hubo importante cantidad de euroescépticos entre los diputados 'no inscriptos' en las tres legislaturas.

entre otros), analizamos la cohesión de los grupos políticos en el PE.¹⁴ Sin embargo, nuestro trabajo no se enfocó en averiguar si los eurodiputados votaban más a lo largo de líneas partidarias transnacionales que nacionales,¹⁵ sino que, por el contrario, afrontamos el desafío de examinar una dimensión “secundaria” en el PE como es el eje pro/anti-integración.

Diversos estudios han comprobado que, en el PE, los grupos mayoritarios son más cohesivos que los grupos minoritarios. A mayor dimensión del grupo, mayor influencia en el comportamiento de sus miembros, y por lo tanto, más alto su índice de cohesión (HIX et. al, 2007). En general, los grupos mayoritarios poseen diferentes (y poderosas) estrategias e instrumentos para “disciplinar” a sus miembros. Correlativamente, los grupos pequeños no se benefician de altos índices de cohesión. La falta de cohesión interna conspira contra sus posibilidades de influir en la toma de decisiones en el PE.

El análisis confirma altos índices de cohesión a lo largo de las tres legislaturas para los grupos mayoritarios, con índices similares para los Socialistas europeos y los Liberales, aunque con cierta tendencia descendente para el Partido Popular Europeo-Demócratas Europeos (PPE-DE), probablemente por el incremento del euroescepticismo de los Conservadores británicos (y otros partidos menores) – que se hizo patente con la creación de la sub-sección ‘Demócratas Europeos’ en 1999– y que hizo que votaran en contra del grupo en numerosas ocasiones (LECONTE, 2010, p. 132; HIX, 2001, p. 684; BENEDETTO, 2008, p. 130). Mientras, la cohesión de voto de los grupos políticos minoritarios y los ‘no inscriptos’ estuvo en bajos niveles, y tendió a disminuir a lo largo de todo el periodo.

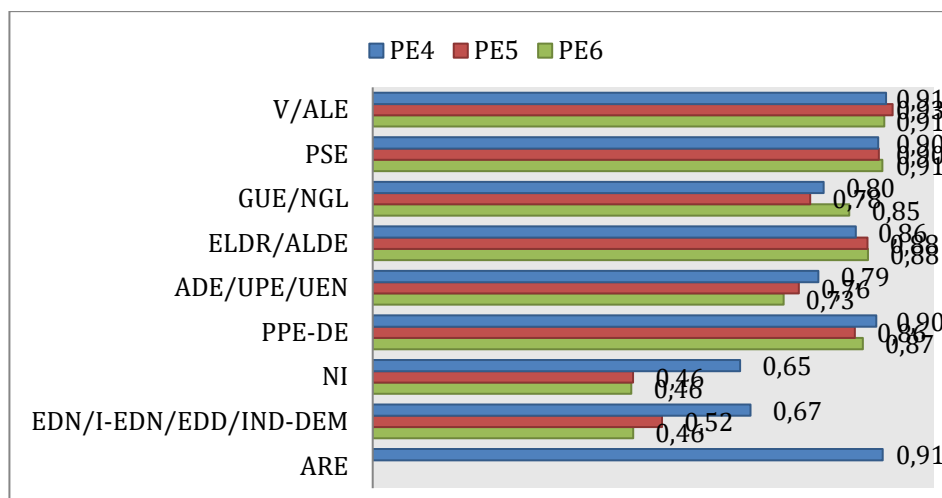
El grupo V/V-ALE fue el grupo más consistente y con los valores más altos a lo largo de los tres periodos legislativos. El grupo con menores índices de cohesión

¹⁴ El corpus de análisis está constituido por la totalidad de las quince mil seiscientos ochenta y dos votaciones nominales del periodo bajo estudio, que fueron examinadas a través del análisis estadístico en forma general y según el tema que trataran, para estudiar el comportamiento legislativo o de votación. Así como nuestra investigación estudió el índice de cohesión teniendo en cuenta las votaciones nominales en general, también analizamos este índice, en forma novedosa, según la temática de las votaciones, de manera de examinar en qué temas existe mayor o menor consenso entre los diputados euroescépticos, distinguiendo entre tres tipos de cuestiones (directamente relacionadas, poco relacionadas o no relacionadas con el euroescepticismo).

¹⁵ El PE posee un sistema de partidos que requiere que los grupos políticos sean cohesivos, es decir, que voten conjuntamente en las diferentes votaciones, para tener alguna influencia en el resultado final.

fue el grupo de partidos euroescépticos ‘duros’ EDN/I-EDN/EDD/IND-DEM: además de tener la mayor variabilidad a lo largo de las legislaturas, su índice fue decreciendo de manera visible en cada periodo. Por fuera de las agrupaciones políticas, los diputados ‘no inscriptos’ presentaron bajos índices de cohesión en las tres legislaturas, en particular, en la Quinta y Sexta legislaturas (Gráfico nº 1).

GRÁFICO Nº 1. ÍNDICES DE COHESIÓN POR GRUPO POLÍTICO EN LA CUARTA, QUINTA Y SEXTA LEGISLATURAS



Fuente: elaboración propia

En las tres legislaturas, el grupo EDN/I-EDN/IND-DEM y el conjunto de diputados ‘no inscriptos’, ambos citados como las “fuerzas de protesta” al interior del PE (HIX et. al, 2007, p. 150; HIX Y NOURY, 2009, p. 165) presentaron bajos niveles de cohesión. Ello no nos sorprende si tenemos en cuenta la diversidad partidaria y la heterogeneidad ideológica – en especial en el eje izquierda-derecha – de estas formaciones.

Adicionalmente, cuando un grupo es pequeño resulta más difícil influir en la toma de decisiones del PE y en el establecimiento de su agenda. Esto le da pocas razones a sus líderes para disciplinar a sus miembros y su voto, ya que hay poco en juego (MORRIS, 2013, p. 35). Uno de los factores que influyó en la cohesión de los grupos en el PE, entonces, fue el tamaño.

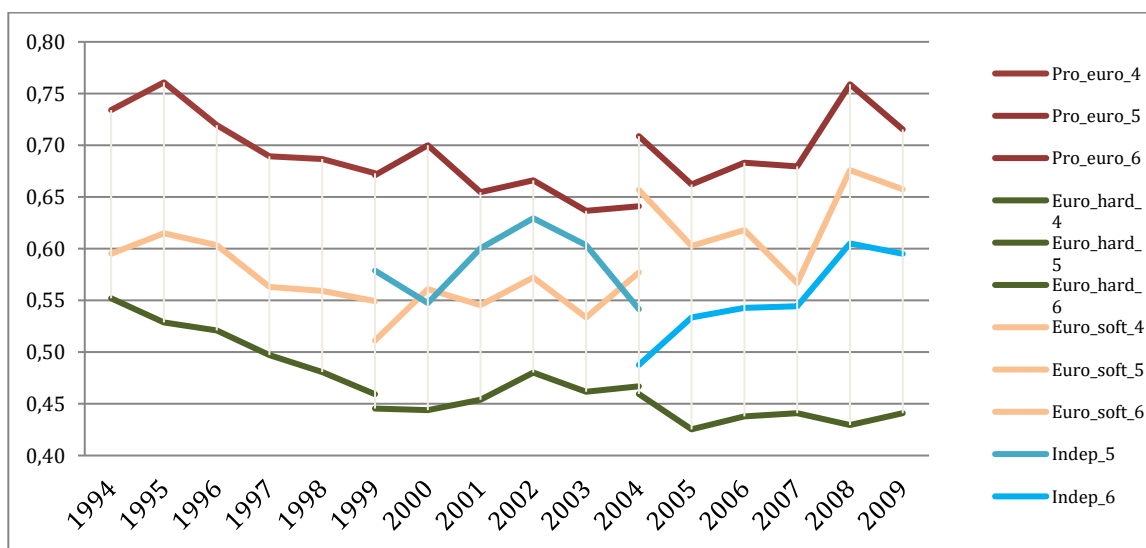
Un factor suplementario que puede explicar la baja cohesión de los grupos con diputados euroescépticos, como el EDN/I-EDN/EDD/IND-DEM, y también el GUE/NGL –así como los diputados no alistados en ningún grupo–, es que gozan de

libertad a la hora de votar, y por lo tanto, si no se les exige disciplina de grupo, difícilmente consigan altos niveles de cohesión.

Ahora bien, el análisis del índice de cohesión según el euroescepticismo de los partidos políticos en el PE demuestra que los diputados de partidos pro-integración tuvieron los mayores índices de cohesión. Por su parte, dentro del conjunto de diputados de partidos euroescépticos, aquéllos más radicales fueron uniformemente menos cohesivos a lo largo de las tres legislaturas. Estos últimos exhibieron los valores de cohesión más bajos respecto de aquellos de partidos pro-europeos y los euroescépticos ‘blandos’ (Gráfico nº 2).

El factor que podría haber influido en la reducida cohesión de estos diputados es la heterogeneidad ideológica o de preferencias, especialmente en el eje izquierda-derecha. Los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’, extendidos desde la extrema izquierda a la extrema derecha votaron menos cohesivamente que aquéllos de partidos euroescépticos ‘blandos’. Es en los márgenes del continuum ideológico-político donde encontramos partidos políticos pequeños portando posiciones euroescépticas ‘duras’: es difícil que un partido euroescéptico de extrema derecha vote de manera consensuada con un partido de la izquierda radical, por lo menos no en temas socio-económicos.

GRÁFICO Nº 2. ÍNDICES DE COHESIÓN SEGÚN EUROESCEPTICISMO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA CUARTA, QUINTA Y SEXTA LEGISLATURAS (POR AÑO)



Fuente: elaboración propia

Mientras, los euroescépticos ‘blandos’, más allá de las variaciones entre legislaturas, votaron en forma menos homogénea que los diputados de partidos pro-integración, pero más cohesivamente que aquéllos de partidos euroescépticos ‘duros’. Su índice de cohesión más bajo se produjo en la Quinta Legislatura para aumentar, con posterioridad, en la Sexta Legislatura (Gráfico nº 2).¹⁶

Pese al incremento del número de diputados y de partidos políticos a lo largo de los quince años bajo estudio, y a la fluidez en la composición de los grupos políticos entre legislaturas o aún dentro de una misma legislatura, los diputados euroescépticos mostraron de forma consistente menores índices de cohesión que los diputados de partidos pro-integración. Como resultado, los euroescépticos erosionaron aún más su ya escasa influencia en la toma de decisiones en el PE. En efecto, las fuerzas euroescépticas han tenido poco impacto práctico en la agenda del PE y en su récord legislativo (LECONTE, 2010, p. 131).

5 EL COMPORTAMIENTO LEGISLATIVO POR TEMA DE LOS DIPUTADOS EUROESCÉPTICOS EN LA CUARTA, QUINTA Y SEXTA LEGISLATURAS

En este trabajo investigamos el comportamiento legislativo en votaciones nominales clasificadas según su temática, en una categorización propia para resaltar las cuestiones más relacionadas con el euroescepticismo, aquéllas poco relacionadas y las que no poseen relación directa.¹⁷ Debemos tener presente que el PE no es una asamblea donde se debatan frecuentemente los grandes temas

¹⁶ Uno de los factores explicativos de esta variación podría ser que los euroescépticos ‘blandos’ estaban más igualmente divididos entre partidos de derecha y partidos de izquierda en la Quinta Legislatura que en la Sexta, cuando predominaron los partidos euroescépticos ‘blandos’ de derecha y centro-derecha.

¹⁷ La clasificación diferencia entre treinta y un áreas de políticas: Acuerdo/Espacio Schengen, Agricultura, Ampliación, Asuntos económicos, Asuntos exteriores, Asuntos jurídicos, Asuntos internos del PE, Asuntos monetarios, Ciudadanía europea, Comercio exterior, Derechos Humanos, Educación/Cultura, Empleo/Asuntos sociales, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), Justicia/Asuntos de Interior, Igualdad de Género, Inmigración/Asilo, Integración europea, Industria, Energía e Investigación, Inter-institucional, Medio Ambiente/Salud pública, Mercado interior/Protección del Consumidor, PESC, Pesca, Política de Cohesión/Regional, Política de Competencia, Política de Desarrollo, Presupuesto, Seguridad/Defensa, Transporte/Turismo y Tratados/Reformas. Estas áreas de políticas, a su vez, fueron agrupadas como directamente relacionadas, poco relacionadas o no relacionadas con el euroescepticismo.

“constitucionales” de la UE. El PE tiene pocas oportunidades para expedirse sobre cuestiones directamente relacionadas al euroescepticismo, como el ingreso de nuevos Estados miembros, la profundización de la integración europea, o las reformas de los Tratados.

Teniendo en cuenta los grupos políticos, a lo largo de las tres legislaturas, el grupo EDN/I-EDN/EDD/IND-DEM, dentro de bajos niveles generales de cohesión, exhibió mayor coherencia al votar cuestiones como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), Acuerdo/Espacio Schengen y Asuntos monetarios. El disenso para este grupo político, en las tres legislaturas, se concentró en temas no relacionados con el euroescepticismo, como la Política de Desarrollo, Igualdad de Género, o Educación/Cultura. Esto es, los factores que mantuvieron al grupo unido fueron sus actitudes euroescépticas y los beneficios materiales de conformar un grupo político dentro del PE.¹⁸

Por su parte, el grupo de partidos nacionalistas y euroescépticos ‘blandos’ ADE/UPE/UEN tuvo mayor consenso en temas no relacionados con el euroescepticismo, aunque con variaciones entre una legislatura a otra.¹⁹ A lo largo de las tres legislaturas, los partidos de este grupo fueron poco cohesivos al votar en temas relacionados directamente con el euroescepticismo. La supuesta “compatibilidad” de los partidos que lo conformaban se manifestó en pocas ocasiones. En especial, la diversidad de puntos de vista de los euroescépticos ‘blandos’ y nacionalistas pro-europeos al interior del grupo les impidió ser coherentes en los temas vinculados a “más Europa” o “menos Europa”.

El Grupo GUE/GUE-NGL, por otro lado, exhibió los mayores índices de cohesión en temas poco relacionados o no relacionados con el euroescepticismo a lo largo del periodo estudiado, destacándose su cohesión en cuestiones prioritarias de su agenda, como la Política de Desarrollo, Igualdad de Género, y Seguridad y

¹⁸ Sin embargo, en los tres periodos legislativos, este grupo tuvo problemas para votar de forma consensuada sobre la Ampliación de la UE. El tema del ingreso de nuevos Estados miembros dividía aguas entre las fuerzas euroescépticas. Si algunos partidos euroescépticos dentro del grupo apoyaban una UE ampliada, otros, no obstante, se oponían a la misma por temores acerca de las consecuencias a nivel nacional, así como por preocupaciones sobre sus efectos en temas como inmigración, pluralismo religioso y multiculturalismo.

¹⁹ Este grupo votó de manera disciplinada en ELSJ, Política de Competencia y Política de Desarrollo en la Cuarta Legislatura, y lo hizo así para los temas agrícolas, pesqueros, y la política Regional y de Cohesión en la Quinta. En la Sexta Legislatura, coincidió más a la hora de votar en temas de Política de Desarrollo o Comercio Exterior.

Defensa. El GUE/NGL bregaba por un modelo diferente de integración, poniendo énfasis en la lucha contra el desempleo, la creación de un espacio social con igualdad de derechos para todos los ciudadanos, y la atención de las necesidades de los inmigrantes.

Los miembros de este grupo representaban partidos políticos diferentes, entre los que se encontraban formaciones comunistas, ex comunistas y socialistas. Esta diversidad hacía que el grupo tuviese una multiplicidad de enfoques sobre algunas cuestiones, especialmente en los temas “centrales” o “constitucionales”. En estas cuestiones, los partidos que integraban el GUE/NGL conservaban su propia identidad y sus políticas.

Al igual que el grupo GUE/NGL, los diputados del Grupo V/V-ALE, ostentaron mayores índices de cohesión en temas de su agenda prioritaria, como Medio Ambiente, Política de Desarrollo y Derechos Humanos. Los Verdes afirmaban esforzarse para que Europa fuese líder mundial en términos de protección del medio ambiente, la paz y la justicia social, una globalización justa y en la defensa por los derechos humanos. El mayor disenso surgió en temas vinculados al euroescepticismo, como la PESC o las reformas de los Tratados.²⁰

Los diputados ‘no inscriptos’, finalmente, fueron más cohesivos durante las tres legislaturas en cuestiones poco relacionadas o directamente relacionadas con el euroescepticismo, como Inmigración y Asilo, ELSJ, PESC o reformas de los Tratados. Los diputados ‘no inscriptos’ enfrentaron dificultades para consensuar en otra cosa que no fuera su estridente euroescepticismo, o las posiciones básicas sobre inmigración y tratamiento de las minorías exhibidas por los partidos de extrema derecha, mayoritarios entre sus filas en las tres legislaturas.

En síntesis, mientras los oponentes más tenaces a la integración europea fueron proclives a actuar de forma homogénea y consensuada cuando se trató de demostrar en las votaciones su oposición a la UE, los diputados euroescépticos ‘blandos’ no lo consiguieron. El euroescepticismo ‘blando’, prescindiendo de una

²⁰ No obstante, algunos temas “constitucionales” tuvieron altos índices de cohesión, excepcionalmente, como la política de Seguridad y Defensa en la Cuarta Legislatura, Ciudadanía Europea en la Quinta, y temas de ELSJ en la Sexta. Ello podría explicarse, en el primer caso, por el antimilitarismo y el pacifismo que ostentaban los Verdes, que eran centrales en su agenda, y en los otros dos casos, por la preocupación por conseguir mayores niveles de derechos para los ciudadanos y los inmigrantes en la UE.

oposición frontal y abierta a la UE, y nutriéndose de una enorme variedad de actitudes críticas sobre diversos procesos, instituciones y políticas de la UE, se reflejó en tendencias de comportamiento de votación disímiles.

6 EL COMPORTAMIENTO POLÍTICO DE LOS DIPUTADOS EUROESCÉPTICOS EN LA CUARTA, QUINTA Y SEXTA LEGISLATURAS

El concepto de comportamiento político fue incluido para destacar que los diputados euroescépticos – aunque también los eurodiputados en general – realizan otras muchas acciones dentro del PE además de votar en las sesiones plenarias. Exponemos la evidencia encontrada a lo largo de las tres legislaturas respecto de la asistencia de los diputados a las votaciones, la membrecía de comisiones parlamentarias, la elaboración de informes en comisión, la formulación de preguntas parlamentarias escritas, la redacción de propuestas de resoluciones, y la realización de intervenciones en el Pleno.²¹

La baja asistencia al Pleno resultó ser un rasgo del comportamiento político de los diputados de partidos euroescépticos, caracterizándose por su “ausentismo” *vis-à-vis* sus colegas pro-integración. En general, al no participar tan activamente como los diputados pro-europeos en las votaciones, los diputados euroescépticos perdieron la oportunidad de ejercer algún tipo de influencia en la toma de decisiones en el PE.

En particular, a lo largo de las tres legislaturas, los euroescépticos ‘blandos’ se distinguieron por asistir a las votaciones con menor frecuencia. Estando más interesados en participar de comisiones parlamentarias y en ser ponentes, como notamos en los próximos párrafos, los euroescépticos ‘blandos’ desatendieron la participación en el Pleno. Mientras, los integrantes de los partidos euroescépticos ‘duros’ asistieron más frecuentemente que los diputados de partidos ‘blandos’, pero en menor medida que los diputados de partidos pro-integración.²²

²¹ El corpus para analizar el comportamiento político consiste en indicadores para estudiar el comportamiento político de los diputados euroescépticos. Incluimos la asistencia a sesiones plenarias, la formulación de preguntas parlamentarias escritas, la ponencia de rapports, la redacción de propuestas de resolución, la pertenencia a comisiones parlamentarias, e intervenciones en sesión plenaria.

²² En el periodo bajo estudio el índice de asistencia promedio en el PE fluctuó entre el 64% y 70% de los diputados, con oscilaciones a lo largo de las legislaturas. Excluyendo a los diputados ‘no

Por otra parte, la labor en comisiones parlamentarias es esencial en el PE, especialmente para la tarea legislativa, presupuestaria y, también en algunos casos, de control. Nuestra investigación reveló algunas tendencias disímiles. Pese a que la conformación de las comisiones en el PE está determinada, en términos generales, por una representación equitativa por Estados y, particularmente, por tamaño y peso de los grupos políticos, los diputados provenientes de partidos euroescépticos lograron sortear las restricciones del contexto institucional en la pertenencia a comisiones parlamentarias. A pesar de integrar grupos minoritarios o ser ‘no inscriptos’, los diputados euroescépticos fueron proclives a formar parte de comisiones parlamentarias en importante número. Ello fue especialmente así para los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’ en la Cuarta y Quinta legislaturas, y para los euroescépticos ‘blandos’ en la Sexta Legislatura.²³

Pese a este relativamente importante involucramiento de los diputados euroescépticos como miembros de comisiones parlamentarias, ello no siempre se manifestó en resultados concretos ya que la cultura de “compromiso” del PE los excluyó de la tarea de redactar *rappports*. En las tres legislaturas, fueron los diputados de partidos pro-integración, y en menor medida, los diputados de partidos euroescépticos ‘blandos’, quienes tuvieron a su cargo la elaboración de la mayor cantidad de informes de comisiones parlamentarias. Quedaron excluidos de este tipo de actividad los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’, con un promedio relativamente bajo en las tres legislaturas.²⁴

La escasez de informes presentados por diputados de partidos euroescépticos ‘duros’ –especialmente aquellos de extrema derecha– resulta de una combinación de la actitud del resto de los diputados, que disponen de una especie

inscriptos’, el grupo político que estuvo por debajo del promedio de asistencia del PE fue el ADE/UPE/UEN, mientras que el grupo EDN/I-EDN/EDD/IND-DEM y el GUE/NGL apenas superaron el 65% en las tres legislaturas. Sin embargo, fueron los diputados ‘no inscriptos’ los que menos frecuentemente asistieron al Pleno, con un 58% de asistencia en promedio.

²³ Los diputados de partidos euroescépticos ‘blandos’ tendieron a presentar una participación relativamente baja en comisiones parlamentarias; mientras que los euroescépticos ‘duros’ manifestaron una tendencia a una participación más alta. Sin embargo, debemos tomar con precaución estos hallazgos y considerarlos como tendencias que no constituyen patrones lineales a lo largo de las tres legislaturas.

²⁴ En la mayoría de las ocasiones son los líderes de los grupos mayoritarios quienes distribuyen las ponencias de informes, y los partidos y grupos minoritarios suelen quedar descartados. En la asignación de *rappporteurships* entran en juego elementos externos a la voluntad de los diputados euroescépticos, quienes poseen un estrecho margen de influencia en estas cuestiones.

de “*cordon sanitaire*” que le imponen a sus colegas (Almeida, 2010, p. 248), así como también, debemos resaltarlo, de una libre elección de los diputados euroescépticos más radicales, quienes prefieren mantenerse al margen de actividades vinculadas a las funciones legislativas del PE, que implican tejer alianzas y compromisos con no euroescépticos (BENEDETTO, 2008, p. 148).

Es por ello que la falta de presentación de informes por parte de un gran número de euroescépticos no es necesariamente un comportamiento que logre manifestar en plenitud sus posturas contrarias a la integración, como sí por ejemplo, observamos en la cantidad de intervenciones en el Pleno, o de preguntas parlamentarias.

Éstas últimas constituyen una herramienta relevante para obtener información o una explicación sobre un asunto determinado que afecta a la competencia de esa institución o en relación con las actividades de la UE en su conjunto.²⁵ Los eurodiputados formularon un número creciente de preguntas escritas en cada legislatura, congruentemente con el aumento gradual de sus competencias en materia de control del “ejecutivo” de la UE en cada reforma de los Tratados.²⁶

Hallamos importantes diferencias entre la cantidad de preguntas escritas formulada por los diputados euroescépticos (por encima del promedio general del PE) y los diputados pro-integración (por debajo del promedio del PE) en las tres legislaturas. En las Cuarta y Quinta legislaturas fueron los diputados euroescépticos ‘blandos’ quienes utilizaron con frecuencia esta herramienta, mientras que en la Sexta Legislatura, se destacaron los diputados provenientes de partidos euroescépticos ‘duros’.²⁷

Estos guarismos revelan claramente que, para los diputados de partidos euroescépticos, las competencias de control resultaron ser un instrumento eficaz a la

²⁵ El corpus de preguntas parlamentarias utilizado en este trabajo se limitó a las preguntas escritas, que constituyen, además, la forma de inquirir más popular entre los eurodiputados (Raunio 1996, citado por PROKSCH Y SLAPIN, 2011, p. 8; CORBETT, et. al, 2011, p. 317).

²⁶ El número de preguntas escritas aumentó de aproximadamente 3.300 por año (1990-1993), a alrededor de 4.000 por año entre 1996 y 2004, antes de dispararse a alrededor de 6.000 preguntas anuales en la Sexta Legislatura, según Corbett, et. al (2011, p. 317).

²⁷ En ese periodo, los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’ formularon un promedio de preguntas parlamentarias que duplicó el promedio del PE, mientras que los diputados de partidos euroescépticos ‘blandos’ también formularon más preguntas que la media del PE, aunque en menor proporción.

hora de mostrar su oposición a la UE, formulando una enorme cantidad de preguntas a otras instituciones europeas. Esta tendencia de comportamiento los distinguió de los diputados a favor de la integración, quienes no ocuparon su tiempo en la supervisión y monitoreo de otras instituciones.

Otra de las funciones primordiales de los eurodiputados es la relativa a la competencia deliberativa a través de la elaboración de propuestas. Nuestro análisis reveló tendencias similares a las encontradas en cuanto a la elaboración de preguntas parlamentarias: la cantidad promedio de propuestas de resolución formulada por los diputados de partidos euroescépticos fue más elevada que la media del PE y que los diputados de partidos pro-europeos.

El comportamiento pro-activo en la presentación de propuestas de resolución estuvo en manos, particularmente, de los euroescépticos ‘blandos’, cuyo euroescepticismo moderado los llevó a criticar la UE de una manera constructiva, formulando propuestas de resolución a ser debatidas y tratadas en el recinto. En cambio, el bajo número de propuestas de los euroescépticos ‘duros’ demostraría que su oposición “de principio” a la UE excluía la posibilidad de presentar otras alternativas al “modelo comunitario”. Los euroescépticos ‘duros’ tampoco aprovecharon las propuestas de resolución como instrumento de comunicación de sus posturas anti-UE, sino que se limitaron a clamar su crítica a la integración a través de intervenciones en sesiones plenarias.

Efectivamente, los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’ ostentaron el mayor índice de intervenciones en sesión plenaria en las tres legislaturas. Los diputados euroescépticos anti-UE adquirieron un alto perfil en los debates legislativos en el Pleno, con promedios más altos que los euroescépticos ‘blandos’, e incluso que los diputados pro-integración, que son quienes suelen ostentar los cargos internos más importantes –como la Presidencia o las Vicepresidencias del PE– y que, obligatoriamente, deben dirigirse al Pleno para ordenar los debates y las votaciones.

7 REFLEXIONES FINALES

El hecho de que los partidos euroescépticos difieran en la intensidad de su oposición a la integración europea y en los argumentos que esgrimen para oponerse

a ella, se ve reflejado en diferentes tendencias de conducta entre sus representantes en el PE. La investigación realizada nos ha habilitado suficientemente para corroborar que esta diversidad de posturas opuestas o críticas respecto de la UE y el proceso de integración se manifiestan en tendencias disímiles de comportamiento legislativo y político por parte de los diputados euroescépticos en el PE.

El **objetivo general** de nuestra investigación, que consistía en analizar las diferentes tendencias de comportamiento legislativo y político de los diputados euroescépticos del PE en la Cuarta, Quinta y Sexta legislaturas (1994-1999, 1999-2004 y 2004-2009), pudo ser alcanzado. Este análisis ha mejorado sustantivamente nuestra comprensión del euroescepticismo en el PE en el periodo estudiado.

En la investigación logramos dar cuenta del primer objetivo específico respecto del *comportamiento legislativo* de los diputados euroescépticos a través de las **votaciones nominales en general**. El análisis de la cohesión interna de los grupos, demostró que, a pesar de la naturaleza compleja del PE, donde están representados todos los puntos de vista sobre el proyecto integracionista, a lo largo de las tres legislaturas existieron amplias mayorías a favor de la integración. Los diputados euroescépticos –tanto ‘duros’ como ‘blandos’– estuvieron divididos en diversos grupos y al interior de dichos grupos, y mostraron bajos niveles de cohesión, en comparación con sus colegas pro-europeos, que se beneficiaron de una fuerte unidad interna en las votaciones. Por lo tanto, con el apoyo de una clara mayoría de sus miembros, el PE ha sido una institución que ha sostenido consistentemente posiciones pro-integración y donde las posturas opuestas a la integración no han podido prevalecer.

Los grupos mayoritarios –que poseen diferentes estrategias e instrumentos para “disciplinar” a sus miembros– exhibieron de manera consistente altos índices de cohesión. Paralelamente, los grupos pequeños presentaron índices de cohesión más bajos. En general, éstos suelen otorgar libertad de acción y votación a sus miembros dada la heterogeneidad reinante a su interior. Nos parece relevante resaltar que estas tendencias se mantuvieron constantes más allá del incremento del número de diputados y de partidos políticos en el PE a lo largo de los años, y a la fluidez en la composición de los grupos políticos entre legislaturas o aún dentro de una misma legislatura.

Los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’ – en el periodo bajo estudio aglutinados en el grupo EDN/I-EDN/EDD/IND-DEM y presentes entre los diputados ‘no inscriptos’– fueron los diputados menos cohesivos a lo largo de las tres legislaturas. Es decir, las “fuerzas de protesta” al interior del PE, al ser heterogéneas, poseer altos márgenes de libertad de acción y votación, y estar radicalmente divididas entre la izquierda y la derecha, votaron coordinadamente con menor frecuencia que otras agrupaciones.

Mientras, los diputados pertenecientes a partidos euroescépticos ‘blandos’ ostentaron mayor cohesión que los euroescépticos ‘duros’ pero menor homogeneidad que los diputados pro-integración. El hecho de no encontrarse en los extremos político-ideológicos les permitió ciertos niveles de cohesión, aunque la diversidad de su crítica moderada hacia la UE les impidió alcanzar las cotas de consenso de los grupos mayoritarios como los Socialistas, Cristiano-demócratas y Liberales, históricos defensores de una mayor unidad europea.

En definitiva, las fuerzas euroescépticas no lograron ser homogéneas a la hora de votar en la Eurocámara. Su debilidad numérica –en comparación con los grandes grupos tradicionales del PE–, y la fluidez en la composición de los grupos con partidos euroescépticos se complementaron con el reducido tamaño de dichos grupos para dar cuenta de los exiguos niveles de cohesión interna. A su vez, todo ello explica la influencia marginal que los euroescépticos pudieron ejercer en el PE, en particular, y, por lo tanto, en el sistema de toma de decisiones de la UE, en general.

El segundo objetivo específico de nuestra investigación proponía examinar las tendencias del *comportamiento legislativo* de los diputados euroescépticos a través del análisis de **votaciones nominales según temáticas**. Pudimos demostrar, de forma inédita hasta el momento, que diferentes tipos de temáticas generan tendencias diversas de comportamiento por parte de los diputados euroescépticos, contrariamente a la hipótesis nula de que no existe relación entre el contenido de la legislación votada y la forma en que votan los eurodiputados.

La mayor parte de la legislación que atraviesa el PE no concierne a temas vinculados con la ampliación o la profundización de la UE, ni con reformas institucionales, es decir, no componen cuestiones “constitucionales” o “centrales”. Sin embargo, a través de los dictámenes de conformidad y en consulta, y de sus

competencias para deliberar y pronunciarse por propia iniciativa, el PE ha tomado partido sobre dichas cuestiones. Es básicamente, aunque no de manera exclusiva, en estas instancias donde podemos observar algunas tendencias de comportamiento que diferencian a diputados de partidos pro-integración y euroescépticos, y, a su vez, dentro de ellos, a ‘duros’ y ‘blandos’.

Los partidos euroescépticos ‘duros’, a pesar de ostentar bajos niveles generales de cohesión, fueron capaces de manifestar congruentemente sus posturas opuestas a la integración europea en sus votaciones. Nos parece sumamente interesante señalar que, pese a pertenecer a grupos minoritarios (y a fluctuar de un grupo a otro) o ser ‘no inscriptos’, a no poseer estructuras transnacionales fuertes por fuera del PE, a ser diversos ideológicamente, a ser débiles numéricamente, y más aún, a contar con amplios márgenes de libertad de acción y votación, los euroescépticos ‘duros’ lograron votar coherentemente en temas dirigidos directamente al núcleo del eje pro/anti-integración.

Mientras los oponentes tenaces a la integración europea fueron proclives a actuar de forma homogénea y consensuada cuando se trató de demostrar su oposición en las votaciones en el PE, los diputados pertenecientes a partidos euroescépticos ‘blandos’ no lo consiguieron. La mayoría de estos diputados tenían puestas sus preferencias y prioridades en temas caros a sus agendas pero diferían al votar en temas “constitucionales”. Estaban atomizados en diferentes agrupaciones: el grupo ADE/UPE/UEN –dentro del cual colisionaba el nacionalismo pro-europeo y el euroescéptico ‘blando’–; el grupo GUE/GUE-NGL –concentrado en temas socio-económicos–; y el grupo V/V-ALE –enfocado en llevar adelante una agenda liderada por la defensa del medio ambiente, la salud pública, y el pacifismo.

En términos generales, la crítica de los euroescépticos ‘blandos’ a la integración europea, proponiendo modificaciones a las prácticas y procesos, sin llegar a promover la disolución de la UE ni la retirada de Estados miembros, implicó una oposición mesurada a la integración, aunque no siempre coincidente, en cuanto a los aspectos, políticas, instituciones o procesos objeto de la crítica. La amplia diversidad de las posturas críticas sobre la integración europea de los euroescépticos ‘blandos’ les impidió reflejarlas unánimemente en sus votaciones y por ello, pese a tener niveles generales de cohesión más altos que los

euroescépticos ‘duros’, votaron de forma heterogénea en temas centrales a la dimensión anti/pro-integración.

Pero en el PE los eurodiputados no solamente votan en las sesiones plenarias. Nuestra investigación intentó realizar un estudio acabado de la conducta de los diputados euroescépticos dentro de dicha institución, y por ello, el tercer objetivo específico se dirigió, también de forma novedosa, a analizar lo que aquí denominamos **comportamiento político**. Al trabajar en la búsqueda de formas alternativas de conducta en el PE comprobamos que los diputados euroescépticos hacen un uso activo de diferentes instrumentos parlamentarios en un intento por demostrar sus posturas opuestas a la integración. En efecto, el grado de euroescepticismo de los partidos políticos de los diputados se vincula con diferentes tendencias de comportamiento político.

Entre los casos aislados de filibusterismo parlamentario a través de cientos de intervenciones irrelevantes en el Pleno o de obstruccionismo a la Comisión a través de miles de *‘nuisance questions’*, por un lado, y de la absoluta inactividad y total apatía, por otro, descubrimos que el euroescéptico “medio” encontró diferentes estrategias para mostrar sus posturas contrarias a la integración, e inclusive, a la institución de la que forma parte.

El diputado euroescéptico se caracterizó por poseer un formidable interés en realizar actividades de control del “ejecutivo” europeo a través de preguntas escritas, ser miembro de comisiones parlamentarias en importante número, intervenir frecuentemente en el Pleno y realizar más propuestas de resolución que el resto de eurodiputados. Pero también se distinguió por no asistir con asiduidad a las votaciones, ni en ser ponentes de *rappports* con frecuencia.

En efecto, en su accionar en el PE el diputado euroescéptico mostró una fuerte tendencia a controlar las demás instituciones europeas, más que sus colegas pro-europeos, quienes no ocuparon su tiempo en interrogar a los ministros en el Consejo o a los Comisarios, de quienes, usualmente, eran compañeros de partido. De forma evidente, para el diputado euroescéptico en el PE las competencias de control resultaron ser un instrumento eficaz a la hora de requerir información y mostrar su oposición a la UE, enfocándose en aspectos tales como los costos de la estructura institucional, los supuestos casos de corrupción o el uso de fondos europeos.

Por su parte, en las comisiones parlamentarias, donde es realizada la labor legislativa y no-legislativa más fundamental, y pese a que su conformación está determinada, esencialmente, en proporción al tamaño de los grupos políticos, los diputados euroescépticos lograron sortear las restricciones del contexto institucional y formar parte de estas instancias en elevado número. Sin embargo, la pródiga membresía no necesariamente implicó asumir un papel activo en el trabajo regular de las comisiones, considerado como algo secundario por muchos de los euroescépticos, especialmente los más radicales.

Y ello se reflejó en el bajo número de *rappports* que les fueron asignados. La numerosa presencia en comisiones parlamentarias, entonces, no pudo ser extrapolada a la promoción de las ideas de estos diputados sobre Europa. Especialmente sobre temas delicados, los riesgos eran demasiado grandes para que diputados euroescépticos anti-UE redactasen un informe que terminaría siendo inaceptable por el resto de los diputados.

A su vez, el ausentismo que caracterizó a los diputados euroescépticos *vis-à-vis* los diputados pro-europeos a lo largo de las tres legislaturas también los perjudicó: al no participar tan activamente de las votaciones, los diputados euroescépticos menoscabaron aún más su, de por sí, débil influencia en la toma de decisiones del PE.

Pero más allá de estos rasgos en común, euroescépticos ‘duros’ y ‘blandos’ exhibieron tendencias de conducta diferentes en el PE. Los euroescépticos ‘blandos’ concibieron y llevaron adelante su mandato básicamente para cumplir con las funciones legislativas y de control al “ejecutivo” de la UE. No fueron capaces de votar en forma cohesiva en asuntos “constitucionales” –ya que su crítica “constructiva” a la integración europea se dirigía a diferentes aspectos de la misma–, pero sí en torno de sus agendas prioritarias. Estando más interesados en ser ponentes de *rappports* en las comisiones parlamentarias, desatendieron la participación en el Pleno. Pero se comprometieron en la formulación de preguntas escritas y de propuestas de resolución. Estos diputados no permanecieron en una oposición “estéril” a la integración europea, sino que intentaron realizar un aporte a través de su trabajo parlamentario.

Los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’, por su parte, presentaron un alto índice de participación en votaciones. Adicionalmente, su presencia en el

recinto les resultaba vital para publicitar su oposición frontal al proceso de integración a través de intervenciones orales, marcando las fallas y los efectos negativos de la integración. La lógica implicaba “des-legitimizar” la institución desde dentro, a través de discursos públicos en sesión plenaria.

Pero los diputados euroescépticos más radicales tuvieron un promedio de propuestas de resolución muy bajo: portando una posición muy hostil y “de principio” respecto de la integración europea tal como estaba concebida en la UE, para estos diputados las instituciones y políticas europeas eran consideradas antidemocráticas e ilegítimas, y su reforma se tornaba irrelevante. Las propuestas de resolución tampoco constituyeron un instrumento atractivo para estos euroescépticos en su afán por defender sus perspectivas antagonistas.

En definitiva, los diputados de partidos euroescépticos ‘duros’ enfrentaron serias dificultades para consensuar al votar en otros asuntos que no tuvieran relación con sus posturas estridentes de euroescepticismo, o que no fueran las posiciones básicas sobre inmigración y tratamiento de las minorías de los partidos de extrema derecha, mayoritarios entre sus filas. En su accionar político en el PE, se limitaron a asistir a un número importante de votaciones, y a denunciar y criticar la integración europea con numerosas intervenciones en el Pleno.

En general, en el PE las acciones de los euroescépticos estaban restringidas por el contexto institucional a determinados tipos de acción porque, por un lado, eran una minoría cuyos puntos de vista no tenían ninguna posibilidad de prevalecer y, por otro lado, porque los demás diputados no esperaban que los euroescépticos estuviesen involucrados en las actividades de la institución. Los diputados euroescépticos estuvieron en el PE “tironeados” por infinidad de fuerzas: las limitaciones institucionales formales, las restricciones informales como el “ostracismo” impuesto en muchos casos por los demás eurodiputados, sus propias limitaciones por su escaso número y el tamaño pequeño de sus agrupaciones, así como por su dificultad para cooperar con otros diputados y para alcanzar consensos con partidos de otras ideologías, y, más importante aún, la tremenda paradoja interna que sufren al pertenecer a una institución que desprecian y cuyas bases de legitimidad desafían.

A diferencia de la mayoría de los especialistas sobre el PE, quienes han desdeñado el estudio de las fuerzas opositoras a su interior para concentrarse en

otros asuntos, nuestra investigación se ha enfocado justamente en el estudio del comportamiento de los representantes de fuerzas críticas y opositoras al proceso de integración, embarcándonos en un tipo de análisis inédito hasta el momento. Este análisis resulta vital en un momento donde la UE está atravesando una de las crisis más graves de su historia, y donde el euroescepticismo aparece como un fenómeno instalado y permanente, que, lejos de ser un “tabú”, se transforma en un elemento fundamental del proceso.

8 BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, Dimitri, 2010, “Europeanized Eurosceptics? Radical Right Parties and European Integration”, en *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 11, Nº 3, pp. 237-253.
- ALVAREZ, María Victoria, 2012, “El euroescepticismo en una Unión Europea en crisis: ¿viejo fenómeno en nuevas odres?”, en *Revista Integración y Cooperación Internacional*, Nº 13, pp.4-17.
- BENEDETTO, Giacomo, 2008, “Explaining the failure of Euroscepticism in the European Parliament”, en SZCZERBIAK, Aleks y TAGGART Paul (eds.), *Opposing Europe? The Comparative Party Politics of Euroscepticism, Volume 2 Comparative and Theoretical Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, pp. 127-150.
- BRACK, Nathalie, 2013, “Euroscepticism at the Supranational Level: The Case of the ‘Untidy Right’ in the European Parliament”, en *Journal of Common Market Studies*, Vol. 51, Nº 1, pp. 85–104.
- BRACK, Nathalie y COSTA, Olivier, 2009, “The Role(s) of the Eurosceptic MEPS”, en FUCH, Dieter, MAGNI-BERTON, Raul y Antoine ROGER (eds.), *Euroscepticism: Images of Europe among Mass Publics and Political Elites*, Barbara Budrich Publishers, <<http://ssrn.com/abstract=1920608>> (consultado: 04/02/2012).
- CORBETT, Richard; JACOBS, Francis y SHACKLETON, Michael, 2011 (1990), *The European Parliament*, London: John Harper Publishing.
- FLOOD, Christopher, 2002, September, “Euroscepticism: A Problematic Concept”. Trabajo presentado en la UACES 32nd Annual Conference and 7th Research Conference, Queen's University Belfast.
- GÓMEZ-REINO, Margarita, 2009, “Las elecciones europeas de 2009 y el espectro de la extrema derecha”, ARI 101/2009, Madrid: Real Instituto Elcano.
- HIX, Simon, 1999, “Dimensions and alignments in European Union politics: Cognitive constraints and partisan responses”, en *European Journal of Political Research*, Nº 35, pp. 69-125.
- HIX, Simon, 2001, “Legislative Behaviour and Party Competition in the European Parliament: An Application of Nominate to the EU”, en *Journal of Common Market Studies*, Vol. 39, Nº 4, pp. 663-688.
- HIX, Simon y NOURY, Abdul, 2009, “After Enlargement: Voting Patterns in the Sixth European Parliament”, en *Legislative Studies Quarterly*, Vol. XXXIV, Nº 2, pp. 159-174.

- HIX, Simon; NOURY, Abdul y ROLAND, Gérard, 2007, ***Democratic Politics in the European Parliament***, Cambridge: Cambridge University Press.
- HIX, Simon; RAUNIO, Tapio y SCULLY, Roger, 2003, "Fifty Years On: Research on the European Parliament", en ***Journal of Common Market Studies***, Vol. 41, N° 2, pp. 191-202.
- HOOGHE, Liesbet y MARKS, Gary, 2007, "Sources of Euroscepticism", en ***Acta Politica***, 42, pp. 119-127.
- JUDGE, David y EARNSHAW, David, 2003, ***The European Parliament***, Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- KREPPPEL, Amie, 2002, ***The European Parliament and Supranational Party System. A Study in Institutional Development***. Cambridge University Press.
- LECONTE, Cécile, 2010, ***Understanding Euroscepticism***, Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- MORRIS, Marley, 2013, ***Conflicted Politicians: the populist radical right in the European Parliament***, Londres: Counterpoint.
- NOURY, Abdul, 2002, "Ideology, Nationality, and Euro-Parliamentarians", en ***European Union Politics*** N° 3, pp. 33-58.
- PROKSCH, Sven-Oliver y SLAPIN, Jonathan B., 2011, "Parliamentary questions and oversight in the European Union", en ***European Journal of Political Research***, Vol. 50, N° 1, pp. 53-79.
- RAUNIO, Tapio, 2007, "Political parties in the European Union", en JØRGENSEN Knud E., POLLACK, Mark A. y ROSAMOND, Ben (eds.), ***Handbook of European Union Politics***, London: Sage Publications.
- RAY, Leonard, 2007, "Mainstream Euroscepticism: Trend or Oxymoron?", en ***Acta Politica***, 42, pp. 153-172.
- REIF, Karlheinz y SCHMITT, Hermann, 1980, "nine Second-Order Elections: A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results", en ***European Journal of Political Research***, Vol. 8, N° 1, pp. 3-44.
- SCULLY, Roger, 1999, Between Nation, Party and Identity: a Study of European Parliamentarians, ***EPRG Working Paper***, N° 5, pp. 1-25
- SZCZERBIAK, Aleks y TAGGART, Paul, 2000, "Opposing Europe: Party Systems and Opposition to the Union, the Euro and Europeanisation", SEI Working Paper N° 36, Opposing Europe Research Network Working Paper N° 1, Sussex European Institute.
- SZCZERBIAK, Aleks y TAGGART, Paul, 2003, "Theorising Party-Based Euroscepticism: Problems of Definition, Measurement and Causality", SEI Working Paper N° 69 European Parties Elections and Referendums Network Working Paper N° 12, Sussex European Institute.
- SZCZERBIAK, Aleks y TAGGART, Paul, 2008, "Introduction: Researching Euroscepticism in European Party Systems: A Comparative and Theoretical Research Agenda", en SZCZERBIAK, Aleks y TAGGART Paul (eds.), ***Opposing Europe? The Comparative Party Politics of Euroscepticism Volume 2 Comparative and Theoretical Perspectives***, Oxford: Oxford University Press, pp. 1-27.
- USHERWOOD, Simon y STARTIN, Nick, 2013, "Euroscepticism as a Persistent Phenomenon", ***Journal of Common Market Studies***, vol. 51, issue 1, pp. 1 - 16
- VASILOPOULOU, Sofia, 2009, "Varieties of Euroscepticism: The Case of the European Extreme Right", en ***Journal of Contemporary European Research***, Vol. 5, N° 1, pp. 3-23.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: PROGRAMA MAIS MÉDICOS SOB UMA ANÁLISE DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS¹

PUBLIC POLICIES AND THE SOCIAL RIGHT TO EFFECTIVE HEALTH: “MAIS MÉDICOS”
PROGRAM UNDER THE ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

*Yuri Schneider*²

*Juliana de Oliveira*³

Resumo

A presente pesquisa trata da efetivação do direito constitucional social à saúde, previsto no art. 6º e reprisado no art. 196 da CF/88, que prevê que saúde é direito de todos e dever do Estado, por meio de políticas públicas do Estado, representado pelos três entes da federação (União, estados, Distrito Federal e

¹ Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de aprovação em 26/01/2016 e 01/02/2016, aprovação comunicada em 02/02/2016.

² Doutor (2013) e Mestre (2006) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, instituição na qual, também graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais (2000). É Professor do Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC e da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS. O Magistério Jurídico superior (graduação e pós-graduação) é atividade que desenvolve há 13 (treze) anos, especialmente nos Estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina. É, também, professor palestrante em diversos cursos de pós-graduação lato sensu, dentre eles o Centro de Excelência em Direito - UNOESC (Chapecó-SC), Centro Universitário Octávio Bastos (UNIFEOB), Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER, Fundação Escola Superior da Defensoria Pública/RS - FESDEP, Escola Superior da Magistratura Federal/RS - ESMAFE, Escola Superior de Direito Municipal - ESDM, etc. É autor de diversas publicações científicas na área do Direito Público (Direitos Fundamentais, Direito Administrativo etc.). Membro dos grupos de pesquisa “Teorias da Democracia no Âmbito da Efetivação dos Direitos Fundamentais; e Direitos Humanos Fundamentais e Democracia a partir de Jürgen Habermas. Níveis de efetivação;. Seus estudos e pesquisas versam sobre Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Direito Econômico e Políticas Públicas. É sócio-fundador da J. Vidor, Schneider & Bastos - Advogados, onde exerce a advocacia e a direção jurídica da área de Direito Administrativo e Econômico/Regulatório, com sede em Porto Alegre/RS e correspondentes em diversas capitais da federação. E-mail: <yuridr@hotmail.com>.

³ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, nas Dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, linha de pesquisa Direitos fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social. Possui Pós Graduação Universidade do Oeste de Santa Catarina em Direito e Processo do Trabalho (2011), Direito e Processo Civil (2012) e Advocacia Civil e Empresarial (2015). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2011). Atualmente é Advogada (Oliveira Advogados Associados) e Assessora Jurídica do Município de Saudades/SC. Atua como docente universitária na UNOESC/ Universidade do Oeste de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Empresarial, Previdenciário, Administrativo e Tributário. E-mail: <julianadeoliveira.adv@hotmail.com>.

municípios). Mostra aspectos relacionados à criação do SUS na década de 90, com o intuito de promover condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Além disso, refere-se a última política pública de âmbito nacional com vistas à implementação do direito constitucional à saúde, que é o Programa Mais Médicos, trazendo um aparato dos pontos positivos e negativos do programa. Por fim, pretende-se aplicar a ponderação de princípios, da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy para identificar se o Programa Mais Médicos foi uma norma de política panfletária ou um meio de efetivação do direito social à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas públicas. Programa mais médicos. Norma política panfletária. Ponderação de princípios.

Abstract

This research deals with the concretion of the social constitutional right to health, provided for in art. 6 and reprised in art. 196 of CF / 88, which states that health is everyone's right and duty of the state through state public policies, represented by the three federal entities (Union, states, Federal District and municipalities). The paper takes in account aspects related to the creation of the SUS in the 90s, in order to foster conditions for the promotion, protection and recovery of health. Also, it refers to the last nationwide public policy with a view to implementing the constitutional right to health, which is the "Mais Médicos" Program, exposing of the strengths and weaknesses of the program. Finally, we intend to apply the weighting principles, Theory of Fundamental Rights of Robert Alexy to identify the "Mais Médicos" Program was a norm of political pamphleteering or a means of realization of the social right to health.

Keywords: Right to health; Public policy. "Mais Médicos" Program. Standard propagandistic policy. Weighting principles.

Sumário: 1. Introdução; 2. Saúde: direito fundamental social; 3. Programa mais médicos; 4. Programa mais médicos sob uma análise da ponderação de princípios; 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito a saúde teve grandes avanços na sociedade brasileira após a Constituição de 1988, que salienta a sua importância no exercício da vida digna. Novas descobertas tem possibilitado cada vez mais a melhoria da qualidade de vida de pacientes com graves doenças, mas, a oferta de tratamentos aos pacientes sem possibilidade de obtê-los por conta própria acaba causando um grande aumento nos custos de saúde da população, tal problemática vem criando uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e a saúde por parte do Estado, tendo em vista a verba orçamentária destinada à saúde e a insuficiência das políticas públicas criadas para este fim.

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade, por isso considerado como uma política pública a ser alcançada pela República Federativa do Brasil, ou seja, deverá ser garantida a sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações.

Neste sentido, com meio de garantir a efetivação do direito social à saúde, o governo brasileiro, envolvendo todas as esferas da federação, instituiu políticas públicas em âmbito nacional, regional e local.

Uma das mais recentes e polêmicas políticas públicas implantadas para atingir esta finalidade, à qual a República Federativa do Brasil se comprometeu no texto constitucional, foi o denominado “Programa Mais Médicos”.

No entanto, tal política pública, além de ser aplaudida, está sofrendo grandiosas críticas, sendo considerada uma política panfletária, fazendo-se necessário a aplicação da teoria do ponderação de princípios de Robert Alexy para identificar se o Programa Mais Médicos foi realmente uma política pública implantada com o objetivo de efetivar o direito social à saúde ou mera norma política panfletária.

Assim, através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, faz-se necessário discutir acerca da política pública de efetivação do direito constitucional à saúde denominada “Programa Mais Médicos”, que por meio de legislação interna e acordos internacionais, “importou” médicos brasileiros que se formaram no exterior e também médicos estrangeiros, além de outras medidas, com o fundamento de garantir à população brasileira, principalmente das regiões de periferia, atendimento médico através do SUS – Sistema Único de Saúde nas Unidades Básicas de Saúde.

2 SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A preservação da vida é uma preocupação constante do ser humano. Assim, em decorrência da necessidade, buscou-se no decorrer da evolução social a

proteção do indivíduo, garantindo o amparo frente às adversidades da vida. No entanto, nem sempre a proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando muitos indivíduos e coletividades desprotegidos e desamparados.

Todo ser humano nasce com direitos e garantias, não devendo estes ser considerados como concessão do Estado, tendo em vista que, *“alguns estes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas”* (SILVA, 2006). Ainda, é válido ressaltar que as pessoas como um todo devem exigir que a sociedade respeite e garanta sua dignidade e necessidades básicas fundamentais.

Para Dallari (2003), a sociedade deve estar organizada de modo que busque condições que permitam a cada homem e grupo social ter o que precisa para seus fins particulares. A organização da sociedade deve ter uma finalidade, que é visar o bem de todos, bem comum sendo este um conjunto de condições da vida social que melhorem o desenvolvimento da personalidade humana, obtido de forma harmônica e garantindo a liberdade de todos.

Nesse sentido, de acordo com Flávia Martins André da Silva (2006) os direitos fundamentais compreendem um conjunto de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade tutelar a dignidade, o respeito à vida, à liberdade e à igualdade para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Partindo dessa prerrogativa, é importante, considerar que os direitos fundamentais, e, principalmente os direitos fundamentais sociais, tem ocupado posição de destaque no contexto constitucional brasileiro.

Os direitos sociais surgiram na crise do Estado liberal, na busca por uma maior igualdade social, dando aos indivíduos prestações sociais necessárias para viver com dignidade. Distingue-se o direito social do direito de defesa, ao ponto que estes representam uma omissão do Estado, uma prestação negativa, enquanto aqueles exigem uma prestação positiva por parte do Estado, assegurando aos indivíduos um mínimo existencial, e pressupõem uma realização de igualdade. (ASSIS, 2010)

Esses direitos chamados de sociais passaram a se desenvolver a partir do século XX, quando se percebeu que os direitos individuais não eram suficientes,

pois sem as condições mínimas como educação, alimentação e saúde, os direitos individuais não podiam ser exercidos. Assim, observa-se que as dimensões de direitos completam-se, contribuindo todos para a realização da dignidade humana. (BARCELLOS, 2012)

Após a segunda guerra mundial, cresce a discussão acerca dos direitos humanos, criando declarações, pactos e organizações para protegê-los. O Estado passa a intervir ativamente tentando diminuir as desigualdades econômicas, assumindo a prestação de serviços fundamentais para todos, surge a necessidade de controlar os recursos disponíveis para se obter um maior proveito, levando a ação do Estado a todos os campos sociais, com o fim da guerra, o Estado precisa intervir mais ainda para restaurar as cidades e readaptar as pessoas. (DALLARI, 2003)

Parece aceita a ideia de que para ser denominado direito humano, este precisa preencher algumas condições como a universalidade, a justiça e exigibilidade, ou seja, ser garantido a todos os grupos, ter pleno acesso à justiça, e clareza de quem tem a obrigação de realizá-lo. Existe dificuldade no entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam qualificados nessa categoria. Há quem pense que seria possível exigir do Estado apenas que não maltratem ou dizimar os cidadãos, mas não seria apropriado requerer garantia de um padrão de vida para todos, sendo que tais direitos requerem um aumento consequente nos impostos, sendo um atrevimento requerer a satisfação dos direitos humanos quando não há possibilidades de realizá-los e concretizá-los. (BENVENUTO, 2010)

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu, após a segunda guerra mundial, a dignidade humana o caráter de princípio fundamental e de norma embasadora do sistema constitucional, tendo assim valor máximo, sendo a dignidade humana dotada de eficácia plena em todas as relações. (BERNARDI, 2007)

No Brasil, desde a década de 80, a questão da exclusão social, entre outros fatores, protagonizou debates e enfrentamentos nas agendas internacionais, tornando-se o tema central e exigindo análises setoriais e políticas públicas que considerassem a relação entre a lógica econômica e a coesão social. (RIBEIRO, 2010)

Neste viés, destacando o tema da exclusão, Ribeiro (2010) afirma que a questão social no Brasil passou a ser analisada a partir da produção e distribuição de riquezas, da vulnerabilidade das relações sociais, do questionamento da intervenção estatal e das mudanças mundiais na configuração da sociedade civil e dos movimentos sociais.

Aos excluídos no Brasil não estavam asseguradas garantias públicas contra riscos econômicos decorrentes de disfunções sociais, no âmbito de um sistema sólido de proteção social (RIBEIRO, 2010), o que gerou uma grande insatisfação e, por consequência, as mobilizações sociais.

Ademais, a questão social e a insatisfação com o sistema atual da época se constituiu objeto de teorização sobre a institucionalização de um Estado Democrático de Direito, que passou a ser discutido pela Assembleia Constituinte Originária, instituída logo após a queda do regime militar ditatorial.

Este contexto histórico, legitimou a mudança de modelo de proteção social brasileiro – de um sistema de seguro social (restrito à classe formalmente trabalhadora) para um sistema de seguridade social, disciplinado por princípios de universalidade e equidade, estabelecendo um padrão de inclusão social nas políticas sociais. Este novo modelo articulava solidariamente as áreas da previdência social, saúde e assistência social (RIBEIRO, 2010).

Segundo L'Abbate (2010), a soma de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país.

A Assembleia Constituinte Originária, representando o povo brasileiro, constituída para instituir um Estado Democrático, promulgou em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê em seu art. 1º os fundamentos da República Federativa, dentre eles a dignidade da pessoa humana.

A partir deste contexto social, de acordo com Ribeiro (2010, p. 20), passou-se a identificar os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais, além de valorizar-se a participação social na produção e aplicação do direito, bem como na institucionalização de uma cidadania plural e aberta às mais diversas e complexas relações sociais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, como uma forma de efetivação dos direitos sociais e garantia da dignidade da pessoa humana, a população brasileira passou a ter o direito à saúde assegurado em texto constitucional, que dispõe que seu art. 196 que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”* (BRASIL, 1988).

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, conforme previsão na Carta Constitucional fundamenta-se em aspectos como: cidadania, dignidade e soberania popular. Assim, a saúde passa a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos, indistintamente. (SILVA, TANAKA, 2012, p. 250)

Pela primeira vez nas Cartas Constitucionais do Brasil, a CF/88 apresenta uma seção específica para tratar o tema da saúde, consagrando como dever do Estado e direito do cidadão. Desta forma, deslocou-se a noção de seguro social pela de seguridade social, prevendo acesso pleno ao sistema de saúde, independentemente da renda, buscando garantir um novo padrão de cidadania ao povo brasileiro. (ELIAS, 2004)

Segundo teoria desenvolvida por Campos (2006, p. 37), o termo “saúde pública” é entendida como prática social exercitada por inúmeras instituições do aparelho estatal, desde as universitárias até aquelas diretamente vinculadas ao Poder Executivo e diretamente responsáveis pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico a partir da perspectiva do bloco político e economicamente dominante, e ao mesmo tempo, *“encarregadas de administrar a saúde coletiva dentro de limites que facilitem a legitimação deste bloco frente à sociedade”* (2006, p. 37).

De acordo com ensinamentos de Schwartz (2001, p. 52), *“a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida”*.

Sarlet (2006) afirma que no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Há de ser salientando, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, que desde 1948 constam na agenda internacional, que em seu art. 25 prevê que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde. (ONU, 1948)

Indiscutivelmente, com a promulgação da carta constitucional 1988 obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos. (L'ABBATE, 2010)

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações.

São necessárias, portanto, ações do poder público, de todas as esferas federativas, com ênfase à efetivação de tão importante direito, que é a saúde, que se dará a partir das chamadas políticas públicas.

3 PROGRAMA MAIS MÉDICOS

Importante reconhecer que a assistência à saúde depende dos trabalhadores da saúde e de sua capacidade de produzir o cuidado. É a equipe de saúde que será capaz de atender e resolver os problemas apresentados pela população. (Saúde em Debate, Editorial, 2013)

Em editorial, a Revista Saúde em Debate (2013) afirmou que a suficiência quantitativa das equipes de saúde, quando bem distribuídas, permite atendimento universal da população residente em todo o território nacional, levando a efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, afirmou ser consenso entre os gestores do SUS que entre as categorias de profissionais da saúde, os médicos são os profissionais mais difíceis de prover nos serviços públicos de assistência à saúde, problema este reconhecido inclusive pela população, quando afirma que o principal problema do SUS é a falta de médicos.

O SUS foi transformado em mercadoria, a partir de uma política de ampliação do consumo, que caracterizou os últimos governos federais, que não enfrentaram os interesses dos complexos econômicos envolvidos com a saúde – indústria farmacêutica, de equipamentos, planos e seguros privados de saúde, prestadores privados de serviços – e que seguem promovendo um subfinanciamento crônico do SUS, sendo esta a principal razão da concentração de médicos no setor privado e sua conseqüente escassez no setor público, gerando graves distorções à saúde brasileira. (Saúde em Debate, Editorial, 2013)

Com a intenção de expandir o atendimento na rede básica de saúde, foi implementada a mais nova política pública de saúde, também chamada de governo, denominada de “Programa Mais Médicos”.

O Programa Mais Médicos foi criado através da Lei 12.871/2013, com o objetivo de ampliar a assistência na Atenção Básica fixando médicos nas regiões onde havia carência de profissionais. O art. 1º da lei prevê a instituição do Programa Mais Médicos com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o SUS com os objetivos de: a) diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde; b) fortalecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde; c) aprimorar a formação médica no país e proporcionar maior experiência no campo da prática médica durante o processo de formação; d) ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS; e) fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço; f) promover a troca de conhecimento e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras; g) aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas

de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS; e h) estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS. (BRASIL, 2013)

Por meio do programa, 14.692 mil médicos passaram a atender a população de 3.785 mil municípios do país, o que equivale a 68% (sessenta e oito por cento) dos municípios do país, além de 34 Distritos Sanitários Indígenas (DSEIs), passando a atender algo em torno de 50 milhões de brasileiros. (BRASIL, 2015)

Além do atendimento médico, foi criado um eixo de investimento em infraestrutura, onde serão investidos R\$ 5,6 bilhões para o financiamento de construções, ampliações e reformas das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e R\$ 1,9 bilhão para as construções e ampliações de Unidades de Pronto Atendimento (UPAs). (BRASIL, 2015)

No terceiro eixo de investimentos do Programa, relacionadas à expansão e reestruturação da formação médica no país, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2015) foi prevista a criação, até 2017, de 11,5 mil novas vagas de graduação em medicina e 12,4 mil vagas de residência médica para a formação de especialistas até 2018, com o objetivo de valorização da Atenção Básica e outras áreas prioritárias para o SUS.

Neste sentido, em síntese, o Programa Mais Médicos faz parte de um amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do SUS, prevendo investimentos em infraestrutura dos hospitais e unidades de saúde, além de levar médicos para regiões onde há escassez ou ausência total de profissionais (BRASIL, 2015).

Segundo Campos (2013), o Programa Mais Médicos é uma tentativa de responder aos movimentos sociais do ano de 2013. O projeto do programa possui três propostas principais com o objetivo de melhorar a qualidade da política pública de saúde do SUS.

Considerada a mais nova política pública de saúde, o Programa Mais Médicos traz vários aspectos que merecem apoio e outros que infelizmente merecem críticas.

O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES (2014) afirmou que as medidas do Programa Mais Médicos são necessárias e louváveis, no entanto, insuficientes para o setor, que necessita de outras medidas de curto, médio e longo prazo.

Campos (2013) defende que merece aplausos a iniciativa de contratação de mais de 10 mil médicos para a rede primária de atenção básica, principalmente àqueles localizados em regiões de grande vulnerabilidade social e sanitária, tanto em municípios médios, pequenos e em periferias de grandes cidades, onde os profissionais habilitados não tinham interesse em atuar.

A extensão da saúde primária, por mais que exista a Estratégia de Saúde da Família em pleno funcionamento, nunca havia sido efetivada plenamente e também nunca havia sido assumida como meta de governo pelos candidatos brasileiros à presidência da república.

No entanto, Campos (2013) afirma que não merece apoio a forma de contrato firmado pelo governo, o qual se configura ilegal e as condições de recrutamento parecem criadas para espantar eventuais candidatos. Inicialmente por se tratar de um contrato provisório, prevendo contratação por três anos, prorrogáveis por mais três, significando que todos os médicos deverão deixar suas atividades para algo que terminará em breve. As contratações precárias são um dos principais problemas enfrentados pelo SUS atualmente, o que poderá conduzir ao fracasso do programa.

Merece ainda apoio a preocupação com a formação de novos médicos, segundo métodos empregados em países com sistemas públicos de saúde, seja com o aumento do estágio na atenção básica ou com o recrutamento segundo normativas compulsórias ou estratégias de indução. (CAMPOS, 2013)

Entretanto, merece críticas a intenção de estender-se o curso de medicina para oito anos. Faz-se necessário uma reforma nos cursos de medicina, com o objetivo de formar médicos com formação geral, em clínica e em saúde pública, com estágios práticos nos serviços do SUS, na atenção básica (CAMPOS, 2013). Em vez de acrescentar mais 02 anos aos cursos de medicina, seria mais interessante para o Brasil e sua população, obrigar as residências, de todas as especialidades, nas unidades básicas de saúde, com supervisão dos professores universitários no local e à distância. Para efetivação desta proposta, bastaria ao MEC e ao Ministério da Saúde alterar as normas de residência médica.

Faz-se necessário que as universidades tenham como objetivo último a formação de profissionais de saúde com perfil para atendimento no SUS, com a finalidade de atender as necessidades da população brasileira.

Ainda, de acordo com Campos (2013), interessante e positiva a iniciativa do programa em ampliar, em torno de dez mil novas vagas, para residência. Inicialmente foram priorizadas as residências para médicos na área da saúde da família e comunidades, além de outros especialistas que faltam no SUS, entre eles: anestesistas, psiquiatras, oncologistas, pediatras, entre outros.

Mas infelizmente, merece críticas esta proposta de ampliação em dez mil novas vagas para a graduação médica. Campos (2013) afirma que o Brasil possui hoje algo em torno de 1,8 médicos para cada mil habitantes; o Canadá, 1,7; a Inglaterra, 2,4; com mais dez mil médicos se formando ao ano, em uma década teríamos um número excessivo de médicos, o que configura um elemento danoso, conforme o que ocorre em Cuba e nos Estados Unidos. Seriam necessárias algo em torno de três e quatro mil novas vagas, preferencialmente na rede de Faculdades Públicas, pois não existe motivo para estimular a abertura de universidades privadas.

Finalmente, cabe-nos fazer uma crítica a intenção governamental em “importar” médicos estrangeiros, em caso dos brasileiros não preencherem a cota necessária. Campos (2013) afirma que se o Brasil adotasse a proposta de realizar-se o primeiro ano de residência, em todas as especialidades, na atenção básica de saúde, haveriam mais sete a dez médicos na rede básica de saúde. Com o atual modelo, consubstanciado na forma de contratação temporária e na ausência de carreira e impossibilidade de remanejamento e promoção ao longo dos anos, parece que se torna inevitável a chamada “importação” de médicos estrangeiros para o Brasil, o que de fato ocorreu no primeiro ano do programa.

A partir da injusta falta de assistência médica e a dificuldade dos gestores em contratar profissionais médicos, é muito positiva a atração de profissionais médicos estrangeiros ao país. No entanto, essa medida deve ter caráter meramente emergencial e com o propósito de atender a demanda atual (CEBES, 2014).

Importante destacar que tem gerado intensas discussões a “importação” dos médicos cubanos para o Brasil, através do programa, tanto sob o aspecto da

legalidade da sua presença no Brasil, quanto sobre a forma de pagamento adotada, que se efetiva por meio de repasse financeiro à Organização Panamericana de Saúde (OPAS), conforme determinado no 80º termo de cooperação técnica para desenvolvimento de ações vinculadas ao projeto de acesso da população brasileira à atenção básica em saúde.

No entanto, segundo Clève (2013), a partir de uma análise estritamente jurídica, é possível nos termos do acordo internacional, o exercício da profissão pelos médicos cubanos sem a necessidade da submissão ao Exame Revalida, neste caso, basta a existência de lei ou ato normativo com força de lei.

O Presidente do Conselho Federal de Medicina – CFM, Roberto Luiz D’Ávila (2013) afirmou que as entidades médicas não são contra a criação de estímulos para melhorar a qualidade na prestação de serviços de saúde no interior do país e nas periferias das grandes cidades, pelo contrário, defendem a oferta de condições de trabalho e emprego dignas que tragam benefícios aos pacientes e profissionais.

Segundo D’Ávila (2013), apesar do programa visar garantir as premissas do SUS e do Estado Constitucional – atendimento universal, gratuito e com equidade para a população – ele falha ao oferecer uma solução rasa, de efeito duradouro duvidoso.

4 PROGRAMA MAIS MÉDICOS: NORMA POLÍTICO PANFLETÁRIA OU POLÍTICA PÚBLICA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE?

O Programa Mais Médicos foi criado em através da Lei 12.871/2013 como uma resposta aos movimentos sociais e mobilizações de rua do ano de 2013 que buscavam melhoria da saúde e da educação no país. O início da implementação do programa ocorreu em 2014, nas vésperas da campanha política eleitoral de âmbito nacional e estadual.

Neste contexto, surge dúvidas na esfera jurídica, política e social de qual a verdadeira intenção do Programa Mais Médicos: trata-se de uma norma política panfletária ou de uma política pública que visa realmente efetivar o direito social à saúde?

Para responder a tal problema de pesquisa, remetemo-nos a Teoria dos Direitos Fundamentais e à fórmula da ponderação de Robert Alexy, ícone dos defensores da concretização dos direitos fundamentais, idealizador da Lei da Ponderação, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, visando solucionar a colisão de princípios, afirma que a satisfação de um direito justifica a não satisfação de outro.

Além de resolver as colisões de princípios, a teoria mantém a normatividade dos princípios sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Entretanto, a obra de Alexy não contém um catálogo de prescrições direcionadas aos intérpretes. (MOREIRA, 2013)

Analisar o tema da colisão de princípios fundamentais é o mesmo que reconhecer o caráter normativo dos princípios previstos na Constituição Federal, ou seja, deixar de vê-los apenas como meras recomendações morais.

Inicialmente, faz-se necessário realizar uma distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy (2008, p. 85) a distinção entre regras e princípios constitui a base para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais.

Bobbio define os princípios como “*normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais*”. (BOBBIO, 2003, p. 81)

Para Alexy (2002, p. 47), os princípios são os *mandamentos de otimização*. Como tais, eles exigem “que algo seja realizado na maior amplitude possível, consideradas as possibilidades jurídicas e de fato”. A determinação do grau apropriado de satisfação de um princípio em relação às exigências de outros princípios é aferida por meio de equilíbrio. Assim, o balanceamento é a forma específica de aplicação dos princípios.

Para Alexy (2008), as normas podem dividir-se em regras e princípios, porém a diferença é gradual e qualitativa, permitindo distinguir com precisão as regras e os princípios. Essa distinção proposta por Alexy possui fundamento na dicotomia entre regras e princípios proposta por Dworkin.

Assim, para Alexy (2008), as regras são mandamentos definitivos, que determinam uma conduta previamente definida, enquanto que os princípios, são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam fazer uma coisa na máxima medida

possível cuja medida de aplicação deve ser definida pelo julgador, em cada caso concreto.

Em síntese, regras são mandamentos definitivos, enquanto que princípios são mandamentos de otimização. (ALEXY, 2008)

De acordo com Alexy (2008, p. 91), havendo conflito entre regras, há critérios objetivos para solução. As regras não possuem a característica da otimização, elas são formuladas de modo a exigir um cumprimento pleno, ou seja, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”.

Os princípios, por sua vez, não expressam mandamentos definitivos, tendo em vista que somente ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando determinadas condições concretas. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto não significa que o que ele determina será um resultado definitivo para os casos semelhantes. Assim, é verdadeira a afirmação de que os princípios não possuem conteúdo de determinação, pois suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser permutadas por outras razões contrárias. (ALEXY, 2002)

O autor afirma que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é a forma como eles se comportam no caso de colisão as regras estão vinculadas à subsunção, enquanto que os princípios à ponderação.

A tese central da teoria dos direitos fundamentais “*é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza e princípios e são mandamentos de otimização*”. (ALEXY, 2008, p. 575)

A ponderação, portanto, aplica-se de forma exclusiva aos princípios. Assevera Alexy (2007, p. 64) para fundamentar sua tese:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Assim, quando houver conflito entre princípios faz-se necessário a ponderação no caso concreto, determinando qual princípio prevalecerá, não excluindo o outro do ordenamento jurídico:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2008, p.93)

A estrutura das soluções de conflitos entre princípios constitucionalmente previstos (expressa ou implicitamente) é apresentada por Alexy através da chamada Lei de Colisão, que demonstra que o resultado da ponderação deve ser objeto de fundamentação (ALEXY, 2008).

De acordo com Alexy (2002, p. 92-93), quando um princípio limita a aplicação jurídica de outro a um caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de “*precedência condicionada*” entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro, devendo ser observadas as condições de cada caso concreto.

O princípio que teve precedência irá restringir as possibilidades jurídicas de aplicação do princípio que foi desprezado. No entanto, esta relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida quando as condições do caso concreto forem modificadas. (ALEXY, 2004)

Segundo Alexy (2002, p. 93), o peso ou precedência dos princípios é determinado da seguinte forma “*o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto*”.

Nesse mesmo sentido, Steinmetz (2001) afirma que a metáfora do peso utilizada por Alexy deve ser entendida como as razões suficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo.

Alexy (2008) defende que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões em casos concretos, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação de princípios constitucionais.

A definição dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem “*que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas*”. (ALEXY, 2004, p.185)

A ponderação, segundo Alexy (1999, p. 69), exige um princípio mais amplo: o chamado princípio da proporcionalidade, que em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação.

A lei de ponderação é descrita por Alexy (2003, p.136) nos seguintes termos: *“quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”*. De acordo com o Autor, a ponderação compõe-se em três fases.

A Lei da Ponderação, exige primeiramente a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, sendo indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais da colisão, para evitar distorções durante a ponderação. (ALEXY, 1999)

A segunda fase da ponderação, é definida por Alexy (1999) como a realização da ponderação propriamente dita, onde deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro.

Por fim, Alexy (1999) traça a última etapa da ponderação como sendo aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. É a fase mais complexa da ponderação, pois deve-se justificar porque uma solução deve prevalecer sobre outra.

Neste sentido, como o direito à saúde é um direito fundamental de garantia de um direito maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana, tem a natureza de princípio e é um mandamento de otimização.

No que tange ao direito à saúde, Alexy (2008) afirma ser imprescindível ponderação entre os direitos sociais, inclusive o mínimo existencial e a reserva do possível, uma vez que o direito à saúde de alguns cidadãos podem extinguir o direito de outros devido à escassez dos recursos.

Barroso (2009, p. 13), afirma que em certos casos a observância do princípio da Proibição do Retrocesso Social, traduzido no mínimo existencial, pode levar à violação do princípio da igualdade e mitigar os direitos de toda a coletividade:

Alguém poderia supor, a primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito

à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Barroso (2009, p. 34) afirma ainda que os direitos fundamentais, ao serem exigidos, inclusive por via judicial, podem sofrer ponderações tanto com direitos fundamentais, quanto como princípios constitucionais. Neste diapasão, ensina ainda que *“as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais”*.

Neste viés, possível se faz a aplicação da ponderação de Princípios para identificar se o Programa Mais Médicos é uma política pública de efetivação do direito social à saúde ou uma mera norma panfletária.

O Programa Mais Médicos, instituído pela conversão da Medida Provisória n. 621 na Lei 12.871/2013 foi uma suposta resposta aos clamores populares quanto à precariedade do SUS – Sistema Único de Saúde. Em suma, a proposta do Governo Federal apresenta as seguintes medidas: a) abertura de 10 mil vagas de médico no interior, mediante remuneração de R\$ 10 mil; b) aumento do curso de medicina em 02 anos, os quais devem dedicados a trabalho no Sistema Único de Saúde na área de atenção básica; c) aumento da oferta de aproximadamente 11,5 mil vagas nos cursos de medicina nos próximos 04 anos; e d) contratação de médicos estrangeiros para suprir as vagas que não forem do interesse dos médicos brasileiros.

Alguns críticos ao programa afirmam que o problema do acesso da população carente (e interiorana) ao direito à saúde não será resolvido com a contratação de 10 mil médicos para trabalhar nos rincões do país, ainda que se lhes pague a quantia prometida. O problema do Programa de Saúde da Família não é salarial, mas sim de estrutura. Alegando que o programa foi somente um mecanismo para atingir as finalidades da campanha eleitoral de 2014.

Afirma-se que é realmente necessária a criação de política de Estado para a saúde. Por mais que existam iniciativas governamentais e o SUS seja uma conquista louvável, ele é assistencial puro e, com muitas falhas, como nós sabemos, a realidade expressa panorama bem sofrido.

Entretanto, outros, defensores do programa afirmam trata-se ele de uma política de governo com a intenção de efetivar de fato o direito social à saúde

universal e gratuito a toda a população brasileira, incluindo aqueles que vivem em periferias e rincões no país, afastados das cidades e regiões metropolitanas. Que trata-se de uma política pública que veio para ficar!

Numa real democracia, o respeito às opiniões divergentes é um direito fundamental, pois, no dizer de John Rawls, “teorias não abrangentes” podem conviver, apesar de suas diferenças, o que não ocorre com as “teorias abrangentes” próprias das ditaduras, em que se impõe uma única visão política a ser seguida por todos. (RAWLS, 2000).

Neste sentido, a saúde não pode ser encarada como um espetáculo das decisões governamentais improvisadas, sem medir todas as possíveis consequências para os mais afetados, a população mais carente.

Para que essa política de Estado seja satisfatória, deve-se realizar inventário abrangente, organizado, de responsabilidade, sobre as condições epidemiológicas de cada região brasileira. Isso significa saber qual a maior incidência de doenças naquela região, quais as maiores demandas e necessidades da população, quais os recursos necessários do ponto de vista material e de insumos, instrumental, aparelhagem e, principalmente, recursos humanos: médicos e demais profissionais da saúde.

Assim, o foco da discussão passa a ser o seguinte: municípios sem médicos são inconcebíveis; mortes evitáveis continuam ocorrendo devido a esse estado de coisas. Ora, se os médicos brasileiros não se fixam nesses municípios, é necessário que se conclame médicos brasileiros que se formaram no exterior e médicos estrangeiros para essa tarefa.

5 CONCLUSÃO

O SUS constitui uma política pública cujo princípio fundamental é a consagração da saúde como direito universal. Em razão de seu pequeno curso histórico, encontra-se em estruturação e, por isso, vulnerável a toda sorte de investidas para consagrá-lo ou para abortá-lo em seu fundamento maior.

O direito a saúde é de máxima importância para o desenvolvimento do ser humano e para uma vida digna, devendo ser respeitado seu grau mínimo a todos os

cidadãos, cabendo ao Estado efetiva-lo por meio de políticas públicas que garantam condições saudáveis e dignas ao indivíduo, tratando e prevenindo possíveis enfermidades.

No entanto, o principal problema do SUS não é a falta de profissionais médicos. Trata-se este mais um dos sintomas do descaso na implantação do projeto do SUS, relegados pelos sucessivos governos ao destino de um sistema de baixa qualidade e destinado ao atendimento da população de baixa renda.

Faz-se necessário reafirmar que um dos principais problemas enfrentados pelo SUS é a subordinação do setor da saúde à lógica do mercado financeiro, que se expande minimizando este direito social, tratando a saúde como mercadoria, distanciando-a dos princípios orientadores do SUS enquanto expressão da saúde como direito de cidadania.

A efetivação da saúde, portanto, em conformidade com os ditames constitucionais, exige providências de várias ordens, a começar pela reforma do Estado para torná-lo capaz de realizar a saúde como direito universal. A consecução desse objetivo exigirá do Estado a formulação de políticas voltadas à desmercantilização da saúde – o que no âmbito mais imediato da assistência médica implica o incentivo a formas não lucrativas, em detrimento das modalidades lucrativas na produção de serviços –, e à busca incessante de novas modalidades de gestão na relação público/privado, capazes de viabilizar a eficácia social do sistema de saúde.

A constituição impõe ainda que este é direito de todos, por tanto, considera-se também direito à igualdade, igualdade de tratamento a todos os cidadãos. Dando especial atenção àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os altos custos de tratamentos. Assim não podemos esquecer, que quando falamos em direito a saúde, falamos da dignidade da pessoa humana e do direito maior de todo ser humano, a vida.

No momento atual, fica difícil identificar se o Programa Mais Médicos possui mais pontos positivos ou negativos, pois foi implantado a menos de dois anos e os primeiros contratos ainda não se encerraram.

No entanto, com o objetivo de dirimir essas dúvidas e controvérsias que surgem na efetivação do direito fundamental à saúde, faz-se necessário aplicar a

Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, e realizar a ponderação de princípios com a finalidade e identificar se o Programa Mais Médicos se configura uma Política Pública de efetivação do direito à saúde ou uma simples Norma Panfletária, um simples programa de governo com o intuito de minimizar os desgastes políticos.

Certamente, o Programa Mais Médicos veio ao encontro do atendimento universal, gratuito e igualitário dos brasileiros, como um meio de efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, até o presente momento, fica difícil concluir sobre os impactos a longo prazo. Uma coisa é certa: o Brasil precisa do SUS!

Com investimentos adequados e com a coragem necessária para enfrentar os interesses econômicos que recaem sobre o setor da saúde, é possível a consolidação do direito social dos brasileiros à saúde. O SUS, no entanto, precisa de Mais Médicos e de Mais políticas públicas e boa vontade!!

Neste sentido, se o Programa Mais Médicos for levado a sério pelos governantes do país e pelos responsáveis pela efetivação do direito à saúde nos ESF – Estratégia da Saúde da Família, certamente não será uma mera norma política panfletária, podendo passar a ser uma política pública de Estado para efetivação do direito social à saúde.

6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999.
- ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**, Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.
- ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**, Revista Doxa n 5, 1988.

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ASSIS, L. F. Promoção de políticas públicas e implementação de direitos fundamentais sociais: reflexões sobre o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, v. 39, p. 1-1, 2010.
- BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1993 – investindo em saúde**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.
- BENVENUTO, Jayme. **Direitos Humanos e Direito Internacional: Integração e Globalização**. 2010.
- BERNARDI, S. R. L. W. A Dignidade Humana e o Direito Fundamental à Saúde. In: Narciso Leandro Xavier Baez e Vicente Barreto. (Org.). **Direitos Humanos em Evolução**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007, v. 1, p. 177-196.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL, **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, **Ministério da Saúde**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos>>. Acesso em: 17 de maio 2015.
- CAMPOS, S.L.F. **A responsabilidade na gestão da saúde pública**. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. Departamento de Serviços de Saúde Pública, 2006, 86p. Disponível em: <<http://dominiopublico.qprocura.com.br/dp/28451/a-responsabilidade-na-gestao-da-saude-publica.html>>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre os médicos cubanos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3879, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26703>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- D'ÁVILA (2013). Roberto Luiz. **Mais Médicos ou Mais Saúde?**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/09/17/mais-medicos-ou-mais-saude.htm>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- EDITORIAL SAÚDE EM DEBATE. O SUS precisa de Mais Médicos e de Muito Mais! **Saúde debate** vol. 37. n. 97. Rio de Janeiro. Apr./June 2013. Print version. ISSN 0103-1104, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000200001>. Acesso em: 05 de maio 2015.
- ELIAS, Paulo Eduardo. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. **Revista São Paulo em Perspectiva**. vol. 18, no.3, São Paulo: July/Sept. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000300005>>.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. A Saúde, o SUS e o programa “Mais Médicos”. 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0iwgJz2ysqMJ:www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/download/395/386+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>.

Acesso em: 17 maio 2015.

L'ABBATE, S. **Direito à saúde: discursos e prateias na construção do SUS**. São Paulo-Hucitec, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Patrícia Tavares. A questão social na história recente: implicações para a política de saúde no Brasil. *Physis*. **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 19-31, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.). **Constituição e Crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2009, p. 25.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Flávia Martins Andre da. Direitos Fundamentais. **Boletim Jurídico (Uberaba)**, v. 5, p. 5, 2006.

SILVA, Keila; TANAKA, OswaidoYoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. **Revista Interface: Comunicação Saúde Educação**, V.16, n.40, p. 249-259, jan./mar.2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DESDOBRAMENTOS PRAGMÁTICOS DO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL VINCULADO A UMA PRÁTICA CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA EM DESENVOLVIMENTO¹

PRAGMATIC CONSEQUENCES OF THE EXERCISE OF OBLIGATORY SOCIAL CONTROL AND A
CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC PRAXIS IN DEVELOPMENT

Caroline Müller Bitencourt²

Eduarda Simonetti Pase³

Resumo

O presente estudo tem por objetivo principal construir uma inter-relação com as problemáticas geradas por uma democracia “não-amadurecida” em relação aos possíveis entraves existentes para a efetividade do controle social no Brasil Contemporâneo. Para tanto, buscará enfrentar e debater ao longo da história contemporânea o que pode ser considerado como uma democracia “não-amadurecida”, perpassando assim pelas problemáticas do Estado Moderno, o qual pressupõem principalmente uma mobilização política da sociedade. Também, buscar-se-á abordar temas latentes como a necessidade da formação de uma sociedade civil com tradição de organização e consciência do seu papel em um Estado Democrático. Para isso, em um primeiro momento passa-se pela análise da ideia de um Estado Democrático de Direito, enfrentando as questões pertinentes ao poder estatal sobre a sociedade e a gradual mudança de perspectiva a partir dos Estados de ideias liberais, com os quais os sistemas políticos de representação surgem, visto que estes ideais tendem a expressar o desenvolvimento e amadurecimento das sociedades capitalistas e por consequência a ideia de trabalho livre. Em um segundo momento, busca-se discutir como é possível amenizar a tendência cada vez mais burocrática e centralizada de processo de decisão, a qual distancia da sociedade a oportunidade de participar e debater os temas a que lhe são de interesse, gerando assim a fragilidade do sistema de Estado democrático e todas as suas implicações decorrentes que serão analisadas no decorrer deste estudo. A par disto, investiga-se a efetivação ou não de uma

¹ Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de aprovação em 28/01/2016 e 29/01/2016, aprovação comunicada em 02/02/2016.

² Doutora em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, da disciplina Teoria do Direito. Professora da graduação pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do grupo de pesquisa “A decisão jurídica a partir do normativismo e suas interlocuções críticas”, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: >caroline.mb@terra.com.br>.

³ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUP/CAPEs, modalidade Taxa, na linha de pesquisa sobre Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: <eduarda.pase@gmail.com>.

democracia substancial e não apenas formal e as suas respectivas implicações no que tange a busca pela libertação do cidadão enquanto cidadão de um Estado Democrático. Ou seja, quais os ônus suportados pela sociedade na qual as arenas de debate e reflexão são timidamente proporcionadas ou quase não efetivadas, buscando-se, portanto, romper-se com o modelo de Estado burocrata e decisor que predominou na formação do modelo de administração da coisa pública no Brasil.

Palavras-chave: Administração pública. Controle social. Democracia deliberativa.

Abstract

This study's main objective is to build an inter-relationship with the problems generated by a developing democracy against the possible existing obstacles to the effectiveness of social control in Contemporary Brazil. So, seek to confront and debate throughout contemporary history which can not be considered as a developed democracy, permeating in the problems of the Modern State, which presuppose a political mobilization of society. Also, seeks to address underlying issues such as the need for formation of a civil society organization with tradition and awareness of their role in a Democratic State. So, at first moment is made the analysis of the idea of a Democratic State of Law by addressing issues related to State power over society and the gradual change in perspective from the States liberal ideas, with which the systems political representation emerge as these ideals tend to express the development and maturation of capitalist societies and consequently the free labor idea. In a second moment, we try to discuss how can ease the increasingly bureaucratic and centralized tendency of decision-making, which distance the society the opportunity to participate and discuss the topics that are of interest, thereby generating the fragility the Democratic State system and all its implications will be analyzed during this study. From this, investigates the effectiveness or not of a substantial democracy and not only formal and its implications regarding the search for the liberation of the citizen as a citizen of a Democratic State. That is, which are the burdens borne by the company in which the arenas of debate and reflection are tentatively offered or hardly effected, seeking to thus break up with bureaucrats and state decision-making model that prevailed in the formation of the management model of res public in Brazil.

Keywords: Public administration. Social control. Deliberative democracy.

Sumário: 1. Introdução. 2. A ideia de Estado Democrático de Direito. 3. A democracia e a esfera pública no constitucionalismo contemporâneo: uma perspectiva de uma democracia “não-amadurecida” no Brasil. 4. A modernidade e a crítica às tradições. 5. Democracia formal x democracia real (substancial): os fatores da não consolidação de uma cidadania efetiva no Brasil pós 1988. 6. Definindo democracia “não-amadurecida”. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Estudar o controle social requer uma abertura de horizontes para permitir que o objeto de estudo seja pensado de forma complexa, da mesma forma que naturalmente o é. Sabe-se que todo controle social requer participação, e que toda

participação só é possível em estados que mais do que se intitularem democráticos, recebem e desenvolvem em seu meio pressupostos culturais, sociais, políticos e educacionais que privilegiam a existência de cenários de interlocução das demandas públicas, permitindo uma verdadeira atuação da sociedade sobre ela mesma. Nesse sentido, impossível cindir a conexão entre democracia e controle social, sendo a primeira, uma verdadeira mola propulsora, ou mesmo pressuposto para a existência do controle.

Ante o exposto, o presente estudo buscará enfrentar e debater esta relação necessária para responder de que forma uma democracia não amadurecida reflete na questão da efetividade do controle social, partindo da inter-relação entre democracia e controle social a partir do constitucionalismo contemporâneo.

Para tanto, propõe-se discutir ao longo da história contemporânea o que pode ser considerado como sendo uma democracia “não-amadurecida” ou em outros termos, não desenvolvida, perpassando assim pelas problemáticas do Estado Moderno, o qual pressupõe principalmente uma mobilização política da sociedade; da mesma forma que se busca analisar as teorias da democracia e as suas recepções no Brasil Contemporâneo, trabalhando-se assim os principais segmentos da democracia direta, representativa, participativa e deliberativa, indicando-se qual dos modelos analisados está mais próximo do pano de fundo ideal para a efetivação da ideia de controle social; para ao final, construir a necessária relação entre esta democracia “não-amadurecida” e os entraves a efetivação do controle social no Brasil Contemporâneo.

Buscar-se-á abordar temas latentes como a necessidade da formação de uma sociedade civil (organizada e não organizada) com tradição de organização e consciência do seu papel em um Estado Democrático, o esquecimento das concepções republicanas que uma democracia desenvolvida pressupõe, a crise de ideologia e o sentimento de não pertencimento, que desencadeia a crise de representatividade, em que ambos os temas estão conexos com o problema da corrupção, haja vista que o distanciamento do sentimento de pertença à coisa pública, do cenário público como o espaço para demandas públicas, está desenhado o palco para os benefícios pessoais, egocentristas, da preponderância dos interesses individuais sobre os interesses públicos. Não obstante, dar-se-á espaço a discutir a influência da mídia como meio de alienação social ou de fomento à

sociedade, dependendo de como e com qual finalidade a informação é veiculada, bem como a codificação da informação ou a manipulação da mesma e dos sentidos de fala por meio das concepções de discursos populistas, que visam privilegiar determinados interesses privados de certos grupos sociais.

O paradoxo entre administração centralizada, precariedade de qualidade na elaboração do que, de fato, é uma demanda pública e Estado democrático faz surgir questionamentos acerca da viabilidade das normas constitucionais vistas como elemento material de realização de uma sociedade justa socialmente. Isso porque, o distanciamento da comunidade dos momentos de decisões vinculantes, bem como a falta de identidade do cidadão com o espaço público, por força de um Estado centralizado, agindo muitas vezes paternalmente e assistencialmente, gerenciador do cotidiano e suas demandas, em face de uma suposta apatia política por parte da sociedade civil gera a necessidade de se (re) discutir as teorias de controle e da democracia para trabalhar na busca pelo aprimoramento dos procedimentos de controle existentes e até na criação de novos espaços de deliberação.

Assim, o distanciamento dos cidadãos da esfera pública, a falta de qualidade na produção do que efetivamente é uma demanda pública, acabam por resultar nas graves crises de representatividade e legitimidade que ocorrem em boa parte dos Estados Democráticos Modernos, em especial, no Brasil. Daí porque se justificar o tema proposto, isto é, na medida em que os moldes de democracia direta, representativa ou participativa não dão conta de satisfazer ou propiciar ânimo social de participação no gerir das demandas sociais e públicas, relevante se mostra construir uma relação entre a democracia e os problemas à efetivação do controle social no Brasil.

Em um momento ímpar do cenário democrático brasileiro, em que se põe em pauta a função, o desempenho e, sobretudo, a legitimidade do Estado enquanto representante da sociedade e gerenciador dos interesses públicos, discutir e analisar os elementos teóricos que legitimam o controle social das decisões públicas e se são eficientes naquilo que almejam ou não e quais os entraves à sua maior efetivação, mostra-se uma forma de reforçar a democracia em épocas de crise para não se incorrer no descrédito total no Estado e sua representação enquanto realizador e garantidor de direitos fundamentais e humanos.

Com isso, pretende-se construir a interligação entre democracia e controle social, já que este é intrínseco ao conceito de democracia, o que torna possível a construção da relação de uma democracia não amadurecida com uma série de entraves a efetividade do controle social. O estudo não possui a pretensão de esgotar o tema, mas sim acrescentar considerações e dúvidas que merecem ser abordadas e discutidas acerca do controle social no Brasil Contemporâneo.

2 A IDEIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As relações entre poder (aqui tratando do poder político), sociedade e governo (em suas formas)⁴, mostram-se significativamente presentes no decorrer da história ocidental, sobretudo ao se observar as transformações ocorridas em termos de organização política. Nesse sentido, o Estado foi uma necessidade da sociedade que se organizou ao longo de sua história com tamanha complexidade. Não há Estado sem poder, mas este poder deve ser controlado e exercido nos moldes pré-estabelecidos pela sociedade que o constitui, do contrário, coloca-se em prova a própria legitimidade da existência do Estado. Aqui quer-se discutir as relações de poder em uma democracia, logo, o controle social como uma forma de barrar o próprio poder em uma sociedade que se adjectiva democrática.

Os temas tratados neste capítulo estão conectados com a filosofia política, ao menos em termos de abordagem. Entretanto, não se analisará a filosofia política sobre todas as suas formas. Dar-se-á prioridade a investigação do fundamento do Estado ou do poder político, com a respectiva (in) justificção da obrigação política, visto que o tema se relaciona profundamente com o objeto de estudo.

Para se discutir o controle social da Administração Pública, é essencial que primacialmente se discorra, ainda que brevemente, acerca da legitimidade ou justificção do Estado (enquanto instituição com poder político) e, a partir daí, sobre as implicações decorrentes que incidem sobre a sociedade civil. Não se quer aqui

⁴ Nestes termos, “na teoria geral do Estado distinguem-se, embora nem sempre com uma clara linha demarcatória, as formas de governo dos tipos de Estado. Na tipologia das formas de governo, leva-se mais em conta a estrutura de poder e as relações entre os vários órgãos dos quais a constituição solicita o exercício do poder; na tipologia dos tipos de Estado, mais as relações de classe, as relações entre o sistema de poder e a sociedade subjacente, as ideologias e os fins, as características históricas e sociológicas”. (BOBBIO, 2007, p.104).

entrar na discussão sobre se as formas de sociedade que precederam a forma de Estado Moderno podem ou poderiam ser referidas também como Estado (na concepção moderna). Busca-se ao invés, discorrer acerca da forma de Estado a partir do surgimento e instauração dos Estados Liberais. Isto é, tratar-se-á aqui do Estado que surge para denominar a forma organizada de sociedade moderna.

Daí porque um dos principais problemas que a teoria política moderna se depara, é a necessidade de justificar a ideia de representação política e a sua respectiva consequência imediata que é o Estado. Isto é, “como o Estado soberano deve se relacionar com o povo soberano, que é reconhecido como a fonte legítima dos poderes institucionais” (LEAL, 2006, p.20). Assim é que diferentemente da família ou da sociedade senhorial, “a sociedade política começa a ser entendida de modo prevalente [...] como um produto voluntário dos indivíduos, que com um acordo recíproco decidem viver em sociedade e instituir um governo” (BOBBIO, 2007, p. 64).

E, por conta disso também, que a filosofia política moderna buscou superar a ideia justificadora do poder político emanado do Estado que advinha de bases divinas ou supernaturais, passando então, a exigir dessa forma de fundamentação, meios argumentativos laicos, que guardassem coerência com o novo viés científico exigido pela razão de independência do indivíduo, os quais hoje, devem atentar aos princípios republicanos da democracia, tais como liberdade e igualdade dos sujeitos.

Desta forma, essa legitimidade do Estado aborda concomitantemente dois aspectos: *i)* uma situação e *ii)* um valor social de convivência, na qual essa situação se manifesta na aceitação do Estado pela maioria de uma sociedade, enquanto o valor se mostra como consenso manifestado de forma livre pelos indivíduos que formam essa comunidade, os quais pressupõem-se serem conscientes e possuidores de considerável autonomia, resumida, em especial, nos valores de liberdade e igualdade (LEAL, 1997).

Daí porque se dizer que quando se analisam as formas de se exercer a soberania ou esse poder soberano de que se fala, o qual, inevitavelmente pressupõe uma efetiva participação desse indivíduo que forma essa comunidade dentro do processo de decisão política sobre os temas que lhe afetam, é possível perceber então, que tanto a esfera política como individual a que está inserido esse sujeito, em tese independente, está contida em uma esfera maior, mais ampla, que é,

portanto, a própria sociedade da qual faz parte. Da mesma forma, é possível perceber que uma vez considerando-se tais pressupostos, nenhuma decisão política tomada por tais indivíduos estará desvinculada ou incondicionada aos fatos e ações que ocorrem ou fazem aquela sociedade. Isso por que:

a função das instituições políticas é a de dar respostas às demandas provenientes do ambiente social ou, segundo uma terminologia corrente, de converter as demandas em respostas. As respostas das instituições políticas são dadas sob a forma de decisões coletivas vinculatórias para toda a sociedade. (BOBBIO, 2007, p. 60).

Assim, essa fundamentação que se busca sobre a instituição do Estado Moderno “nasce” de um “contrato” no qual os indivíduos que formam a comunidade transferem parte de seus direitos à ela. Com significativa proximidade ao conceito de contrato social se encontra a vontade geral, a qual não pode ser confundida com a vontade de todos, mas sim com a vontade de cada um, isto é, a vontade de cada indivíduo na sua individualidade. De outra forma, a vontade geral é a vontade de cada indivíduo que deverá coincidir com a vontade dos demais, enquanto membros integrantes da sociedade.

Nesse sentido,

o contrato social é a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna, uma obrigação complexa e contraditória porque foi estabelecida entre homens livres e, pelo menos em Rousseau, para maximizar e não para minimizar essa liberdade. O contrato social é assim a expressão de uma tensão dialética entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, entre o interesse particular e o bem comum. (SANTOS, 1999, p. 84).

E o que legitima esse contrato social é o conteúdo ideológico que permeia e identifica os indivíduos com a comunidade, enquanto comunidade. É possível dizer ainda que a política é o modo pelo qual os homens se unem (união no sentido de associação) com objetivos comuns, de instaurar, cultivar e conservar entre si a vida social (BOBBIO, 2007).

Sendo possível então, adotar a concepção de Max Weber sobre o Estado Moderno, na qual o sociólogo estabelece que o Estado vem definido sob dois elementos fundadores: *i*) um conjunto de formas administrativas que possuem a função da prestação de serviços para a comunidade e *ii*) o exercício exclusivo do

poder, por meio do monopólio legítimo da força. Isto é, os indivíduos acordam em “alienar” os seus direitos ao Estado para que este, legitimado pela vontade geral garanta a prestação de serviços à comunidade e detenha o uso exclusivo da força para que os indivíduos possam conservar a sua vida em sociedade. Entretanto, esse poder legítimo da força pelo Estado não é suficiente para justificá-lo. Esse poder precisa estar acompanhado de razões de exercício que façam com que a obediência dos que por ele são afetados se dê não por um simples acatamento impositivo de caráter externo, mas sim por meio de uma aceitação de caráter interno e intelectual, isto é, do sentimento ideológico em comum (LEAL, 2006).

Nesse sentido, poder-se-ia questionar acerca da compatibilidade do exercício do poder de forma direta pelos cidadãos em um Estado que possui o poder político conferido por convenção e acordo (consenso) entre os que o constituem. Há que se referir, e aí já adentrando mais especificamente no tema central do presente capítulo, que o exercício do poder de decisão por parte dos cidadãos não se mostra incompatível com a forma de exercício indireta do poder por meio de representantes eleitos. Isso, pois, como se pode perceber já na atual Constituição brasileira, a preservação dos institutos do referendo popular e do plebiscito, os quais são compatíveis com a forma representativa de poder, descendem de um princípio comum, o da soberania popular, embora se diferenciem pelas formas como essa soberania é exercida (LEAL, 2006). Porque uma questão é a titularidade (todo poder emana do povo) e outra é o exercício (quem o exerce de forma direta ou indiretamente nos termos dessa Constituição).

Assim, é com os Estados de ideias liberais que os sistemas políticos de representação surgem, visto que estes ideais tendem a expressar o desenvolvimento e amadurecimento das sociedades capitalistas e por consequência a ideia de trabalho livre. Ainda, a democracia representativa hoje é a forma de viabilidade dos governos democráticos, visto que “o próprio Rousseau estava convencido de que uma verdadeira democracia jamais existiria, pois exigia entre outras condições um Estado muito pequeno, no qual ao povo seja fácil reunir-se e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais” (BOBBIO, 2007, p. 150). Isto é, com a formação dos Estados territoriais, pode-se dizer que a única forma não autocrática de governo possível, considerando-se as extensões dos atuais Estados, é o governo na forma democrática por representação, embora em alguns casos

corrigida e limitada por institutos de democracia direta, como é o caso do Brasil, por exemplo. Por isso,

um governo ou uma sociedade pois, nos termos modernos, está vinculado a um outro pressuposto que se apresenta como novo em face das Idades Antiga e Média, a saber: a própria idéia (sic) de democracia. Para ser democrático, pois, deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaços de participação e interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, que assegure o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, demarcadas por aquelas instâncias participativas, sejam elas oficiais ou espontâneas, fruto da organização de segmentos comunitários. (LEAL, 2006, p.27).

Assim é que se sustenta o problema proposto por este trabalho, isto é, sabe-se que para que tal modelo de sociedade se fortaleça são necessárias formas eficientes de instrumentos de realização, de reflexão e debate público das questões sociais atinentes à administração dos interesses coletivos. Assim, o que interessa pensar daqui em diante é como amenizar a tendência cada vez mais burocrática e centralizada do processo de decisão, a qual distancia desta sociedade a oportunidade de participar e debater os temas a que lhe são de interesse, gerando assim a fragilidade do sistema de Estado democrático e todas as suas implicações decorrentes que serão analisadas no decorrer deste estudo.

3 A DEMOCRACIA E A ESFERA PÚBLICA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA PERSPECTIVA DE UMA DEMOCRACIA “NÃO-AMADURECIDA” NO BRASIL

Como brevemente explanado anteriormente, os Estados democráticos modernos pressupõem em seus mecanismos de administração e exercício do poder político que sejam atendidos precipuamente os ideais que uma democracia requer, para que tenham legitimidade em suas decisões políticas, uma vez que vinculam toda a comunidade que transferiu a sua soberania, seja na forma representativa ou não.

Para tanto, entende-se que tais ideais devem ser resgatados e revividos através não de uma nova, mas da forma mais próxima da ideia de democracia pela

comunidade. Assim é que a administração pública de demandas sociais precisa viabilizar uma racionalidade civilizatória que busque incluir o compromisso de atuação comunitária junto ao Estado (LEAL, 2006). Em decorrência disso, a administração precisa ser vista (tanto pela sociedade civil como por seus representantes legítimos) como espaço onde a participação social seja livre e igualitária, de forma a permanentemente se propiciar o controle no que tange a administração e gestão dos interesses dessa sociedade.

Daí porque se falar em democracia “não-amadurecida”, isto é, não se pode admitir que o exercício da cidadania se reduza apenas a configurar um eleitorado temporário, por exemplo. Ou que venha esporadicamente ser suscitado a atuar em pesquisas de opinião política. Requer-se, ao invés, que seja visto como “ator da política, mesmo não podendo sempre decidir de forma direta, pois a democracia direta não é nem a única forma nem a forma legitimamente superior” (HÖFFE, 2005, p.131). Também não se tem a visão romântica de que tudo se resolverá proporcionando esses espaços de participação à comunidade, até porque estes espaços existem e via de regra são apenas formalmente ocupados. O que se busca indicar como essencial para a realização da democracia em países em desenvolvimento como o Brasil, é a qualificação desses espaços de discussão, onde a participação deliberativa ocorra de forma espontânea, livre e igualitária, sem que se empreguem meios tão somente formais de realização.

Os Estados Nacionais hodiernos, resultantes do processo de transformação do mundo capitalista do pós-guerra em que o Estado assumiu o papel de promover o bem estar social de seus cidadãos para tentar minimizar os impactos das guerras sobre a comunidade, sobretudo na Europa, fez resultar o sentimento de Estado paternalista e assistencial, acentuando ainda mais o papel centralizador e burocratizador do Estado, sendo o único legitimado a escolher e decidir sobre as prioridades e formas de executar políticas públicas, abarcado pelo princípio da legalidade. Tal expressão de monopólio da administração e do exercício do poder político fez crescer o sentimento apático/conformista por parte da sociedade civil que passou a não mais compreender a sua função dentro de um Estado Democrático, qual seja, de compromisso de atuação na gestão de seus interesses, de modo a transmitir passivamente ao Estado, por meio das democracias representativas, a

competência exclusiva de administração e poder político, distanciando-se cada vez mais da esfera pública.

Assim é que surgiram com força os políticos profissionais, ou que se obrigaram a aceitar o sistema para estarem incluídos ou que já se encontravam em postos de destaque e liderança, como detentores da confiança dessa sociedade apática e confortável⁵. Entretanto,

nos casos em que os cidadãos não confiam seus interesses à política profissional, vê-se apenas uma pequena parcela que habitualmente se engaja: a democracia adquire um elemento aristocrático, e os respectivos grupos alcançam um peso desproporcional. (HÖFFE, 2005, p.132).

Daí porque se insistir que em se tratando de Estados democráticos, a democracia é mais do que uma forma de poder ou a exteriorização de como se dá a relação de poder entre Estado e cidadão, é antes uma prática social e exige que seja real, não meramente formal. E, caso não seja vista sob tal ângulo, incorre-se no que hoje se vive em países como o Brasil, uma crise de legitimidade e eficácia do Estado enquanto exteriorização de vontade democrática e do Poder Político intrínseco a tais conceitos, visualizada no descrédito sobre os procedimentos de exercício de gestão dos interesses públicos. Nesta perspectiva, o Estado Democrático de Direito brasileiro “deve ser pensado e constituído a partir de suas particularidades sociais, culturais e econômicas, evidenciadoras de profundos *défices* de inclusão social e participação política” (LEAL, 2006, p. 34. Grifos no original).

Pensando-se na realidade brasileira, sabe-se que existem meios institucionalizados de democracia participativa previstos na Constituição Federal de 1988, os quais não são suficientes, pois não se aprofundam as formas de compreensão do fenômeno político e governamental aos destinatários das ações do Estado, que almejem uma sociabilidade maior e mais igualitária nesse processo de tomada de decisões. Diante disso, é Habermas que auxilia nesse processo contínuo

⁵ [...] temos que fazer uma distinção entre atores que surgem do público e participam na reprodução da esfera pública e atores que ocupam uma esfera pública já constituída, a fim de aproveitar-se dela. Tal é o caso, por exemplo, de grandes grupos de interesses, bem como organizados e ancorados em sistemas de funções, que exercem influência no sistema político *através* da esfera pública. (HABERMAS, 2003, p. 96. Grifos no original).

de transformação de compreensão, a partir da sua política deliberativa e democracia procedimental, a partir da qual se forçariam “os cidadãos a ter de justificar suas decisões e opiniões apelando, em alguma medida, a interesses comuns, argumentando com proposições assertóricas que todos pudessem discordar” (LEAL, 2006, p. 61).

Mas sabe-se também que tal forma de gestão exige um mínimo de condições realizáveis por parte dos seus interlocutores, necessárias especialmente por dois motivos. Primeiro para que os interlocutores estejam em condições tais que consigam realizar um debate sem que um se imponha ao outro por falta de conhecimento de uma das partes. E segundo para que não se manipule a esfera pública com base em influências direcionadas a interesses específicos. Assim,

[...] as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força. Essa circunstância pode ser esclarecida pelo fato de que nenhuma esfera pública pode ser *produzida* a bel-prazer. Antes de ser assumida por atores que agem estrategicamente, a esfera pública tem que reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma. E essa regularidade, que acompanha a formação de uma esfera pública capaz de funcionar, permanece latente na esfera pública constituída – e só reaparece nos momentos em que uma esfera pública é mobilizada. (HABERMAS, 2003, p. 97. Grifos no original).

Por conta disso, onde não se fizer presente a capacidade de manifestação livre e igual da vontade do indivíduo como ator da sua própria história, em face da sua debilidade política, carecendo-lhe de forças e perspectivas sobre os termos e possibilidades de gestão que circunda o seu mundo da vida, só se irá reforçar a sua impropriedade social no âmbito das formas institucionalizadas de exercício do poder político, para então apenas fortificar o conforto de acomodação em torno do Estado “pai”. Por isso a preocupação para com a situação da democracia e esfera pública no Brasil. A consequência lógica desse processo de anomia social é que

mesmo naquelas circunstâncias em que há uma previsão formal de participação política, ela não é exercitada material e eficazmente por estar marcada pela manipulação e pelo esvaziamento provocados pela ausência daquela condições mínimas necessárias à comunicação e ao entendimento. (LEAL, 2006, p.63).

Por isso a esfera pública não pode ser produzida ao alvedrio de qualquer ator social. Ou seja, porque é uma conjunção de vontades negociadas e às vezes

contraditórias. Nesse ponto, “a esfera pública pode ser manipulada por um tempo, mas nunca comprada, porque essa “compra” teria que ser pública” (RECK, 2006, p.192). Faz-se necessário, portanto, antes mesmo de se pensar em se criarem novos espaços públicos para discussão e deliberação, restaurar-se a prolixidade da esfera pública a fim de torná-la mais inclusiva a partir dos meios já instituídos e não aprimorados. E aqui, apenas exemplificativamente, pode-se citar os diversos conselhos populares, sejam eles municipais ou regionais, implantados com a Constituição de 1988.

Embora, para Habermas, o conceito de sociedade civil e esfera pública não coincidam exatamente, é inegável que as organizações da sociedade civil são os atores que protagonizam os debates hodiernamente. Mas esse fato não autoriza que tais sujeitos assumam o papel de “motores” da emancipação social, já que para Habermas essa discussão é problema de racionalidade e não de sujeito (no caso as organizações). (HABERMAS, 1996, p. 30).

A esfera pública, em sociedades complexas, relaciona-se com um número incontável de arenas de comunicação que se superpõem e que adquirem identidade a partir de critérios vários como funções, temas, círculos, etc. em termos de densidade, Habermas diferencia a esfera pública em três níveis: *episódica* (pequenos encontros espontâneos), *organizada* (encontros de maior envergadura organizados) e *abstrata* (produzida pelos meios de comunicação, difusamente estruturada). Importa dizer que as esferas públicas dificilmente se especializam de tal maneira a fugir do entendimento cotidiano, de modo que se torna possível uma ligação conceitual entre todas as esferas públicas e todas elas parecem compreensíveis umas às outras. (RECK, 2006, p. 193-194. Grifos no original).

Considerando-se que a razão comunicativa não se vincula a nenhum sujeito, uma vez que todos eles a possuem, é possível estabelecer uma relação conectiva entre a autonomia privada e pública. Daí ser plausível dizer que um procedimento de uma esfera pública, na qual a ação comunicativa seja a regra e não a ação irracional ou instrumental, permite que se construa uma expectativa de racionalidade dos seus procedimentos dentro da esfera pública. E isso é possível, pois torna-se mais difícil que sejam expostas opiniões por aqueles que possuem intenções duvidosas, uma vez que o fluxo de opiniões é de conhecimento de todos.

“A esfera pública, como *lócus* de produção das demandas sociais, não é uma estrutura normativa e tampouco uma instituição ou organização (vez que não traz normas ou competências)” (RECK, 2006, p. 191. Grifos no original). Assim, “a

esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões* (HABERMAS, 1997, p.92. Grifos no original)”, já que nela, “os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos (HABERMAS, 1997, p. 92. Grifos no original)”.

4 A MODERNIDADE E A CRÍTICA ÀS TRADIÇÕES

É pontual que em tempos de crise de legitimidade do sistema de representação política e institucional se explore temas latentes como a questão da ideologia que está intimamente ligada com a ideia de poder político exercido pelo Estado sobre a comunidade.

A importância de se pontuar as questões referentes ao tema deste tópico, além de auxiliar na explicação da concepção de controle social como sendo o controle exercido pela sociedade sobre a própria sociedade e sobre o Estado e não do Estado sobre a massa, irá refletir futuramente quando se abordará as crises ideológicas e o sentimento de não pertencimento como entrave a efetivação do controle social no Brasil. Sem deixar de incidir também sobre temas já trabalhados anteriormente, como a necessidade do desenvolvimento dos espaços públicos de discussão e deliberação para reconstruir os ideais democráticos de participação e inclusão do cidadão na administração e gestão de seus interesses.

Sabe-se que o Estado na forma como está concebido hoje se faz necessário a fim de articular e organizar a vida em sociedade e é o produto mais visível dessa civilização. Ocorre que o Estado por si só é paradoxal. E o perigo a que a sociedade está exposta é gerada por ela mesma. Isto é, uma comunidade estática, inerte e sem mobilização gera um agigantamento da máquina estatal, a qual passará a controlar os seus membros, pois este Estado ainda se compõe de homens. Assim, “o intervencionismo do Estado leva a isso: o povo converte-se em carne e pasta que alimenta o mero artefato e máquina que é o Estado. O esqueleto come a carne de seus ossos. O andaime torna-se proprietário e inquilino da casa” (GASSET, 2002, p.156).

A estatização da vida também se reflete na figura do Estado assistencialista e paternalista que trata os seus membros como se incapazes fossem e estes também veem o Estado como paternalmente soberano, esperando e aguardando que a solução para as suas mazelas partam deste ente fictício. A necessidade de emancipação social nesse caso é mais urgente ainda, pois, tratando-se aqui da visão de José Ortega y Gasset, o homem-massa, aquele desprovido de qualquer qualificação, vê no Estado um poder anônimo, isto é, crê na sua propriedade sobre o Estado.

Imaginemos que aconteça qualquer dificuldade, conflito ou problema na vida pública de um país: o homem-massa tenderá a exigir que o Estado o assuma imediatamente, que se encarregue diretamente de resolvê-lo com seus meios gigantescos e incomparáveis. (GASSET, 2002, p.154).

Essa exigência ou sentimento de que os problemas devem ser resolvidos pelo Estado gera o que o autor chama de “maior ameaça para a civilização”. Em suas palavras: “este é o maior perigo que ameaça a civilização: a estatização da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção da espontaneidade histórica, que definitivamente sustenta, nutre e impulsiona os destinos humanos” (GASSET, 2002, p.154).

Muito mais do que questões sobre ideologia propriamente dita, quer-se falar aqui da influência das tradições na construção de uma sociedade sólida e confiante da sua função dentro de um Estado Democrático de Direito. Ou seja, quer-se abordar o espaço social e investigar a possibilidade de se invocar um ideal regulador para a produção de uma comunicação sem limite e sem coação, no sentido de retirar distorções dentro do agir comunicativo que derivem dos efeitos dissimulados de violência na produção da deliberação. Retomando: busca-se com essa pesquisa abordar o Controle Social da Administração Pública, controle este que contribui para a democratização da gestão pública por meio do envolvimento de diversos atores da sociedade, cada qual com seus interesses e suas necessidades a que lhe são atinentes. Daí porque se falar então em condições de linguagem, tradições fáticas, procedimento racional.

Primeiramente há que se observar que o controle incide ou na elaboração ou após a tomada de decisão (seja na fiscalização ou execução). Por exemplo, o gestor (seja Prefeito, Secretário, Governador, Ministro de Estado, etc.) ao pensar sobre a

elaboração de uma determinada política pública. Este gestor não irá tomar a decisão isolado e nem poderá considerar apenas o seu ponto de vista. Ele deverá adotar uma postura dialógica com as demandas que serão levadas até ele através dos diferentes atores sociais participantes. Diante desse cenário é que se faz necessário a discussão das condições e das variáveis que compõem o momento do controle, uma vez que a “substancialidade se dissolve na reflexão porque esta não apenas constata a presença de forças dogmáticas, mas também as rompe. Autoridade e conhecimento não convergem” (HABERMAS, 1987, p.116). Ou seja, o exercício do controle social torna-se um aprendizado tanto para gestores quanto para atores da sociedade, uma vez que neste processo todos aprendem a reconhecer e a dialogar com diferentes necessidades existentes (TEIXEIRA; SERAFIM, 2008).

Não obstante, em se tratando de controle que se opera na esfera pública e considerando-se as variáveis existentes, como por exemplo, a heterogeneidade de necessidades e interesses dos atores, é necessário trabalhar positivamente os desafios que podem ser vistos como limitadores do direito de controle.

Tradição (*Überlieferung*) não é um processo que aprendemos a dominar, mas sim linguagem transmitida (*tradierte*), na qual nós vivemos. A maneira de ser (*Seinsart*), da tradição (*Überlieferung*) não é decerto nenhuma maneira sensivelmente imediata. Ela é linguagem, e o escutar, que a compreende, inclui sua verdade em um específico comportamento no mundo lingüístico (sic), na medida em que interpreta textos. A comunicação lingüística (sic) entre presente e tradição (*Überlieferung*) era, como já mostramos, o acontecer (evento) que traça seu caminho em todo compreender. A experiência hermenêutica, como autêntica experiência, precisa assumir tudo o que lhe é presente. Ela não tem a liberdade para previamente selecionar e rejeitar. Mas ela também não pode afirmar uma liberdade absoluta no deixar as coisas como estão, que parece específico para o compreender do compreendido. Ela não pode tornar sem efeito (*ungeschehen*) o evento (*Geschehen*) que ela é. (HABERMAS, 1987, p. 19-20. Grifos no original).

Assim, a crítica a ideologia é possível e necessária. É necessária porque partindo da ideia que o contexto da tradição é perturbado, “o filósofo que pensa criticamente e é conduzido pelo interesse emancipatório deve reconhecer o horizonte da crítica como o mais amplo. O contexto da tradição não é apenas uma estrutura cultural de sentido” (HABERMAS, 1987, p.125). A razão muitas vezes irá contrariar a tradição, por exemplo. A hermenêutica parte da pré-compreensão da tradição, enquanto a razão pode negar essa tradição. Daí porque a hermenêutica,

para Habermas, bate “a partir de dentro, nas paredes do contexto da tradição; tendo experimentado e reconhecido estes limites, ela não pode mais colocar como absolutas as tradições culturais” (HABERMAS, 1987, p.125). Também porque se dizer que a substancialidade se dissolve na reflexão, conforme anteriormente falado.

Trazendo-se para o contexto da pesquisa, e sobre as premissas de uma ação comunicativa onde as condições de fala sejam livres de coação e haja igualdade entre os falantes/ouvintes, há que se pensar que o controle social pressupõe a participação social no caminho da elaboração ou da própria tomada de decisão. Por exemplo, considerando-se a abordagem da cultura democrática do Estado brasileiro e as relações de poder que historicamente marcaram o Brasil, é inevitável a pergunta: que participação e para que sociedade? Como já se percebeu, uma cultura política autoritária não condiz com o fim do conhecimento e da maturação de ideias. Da mesma forma que não contribuem para o estabelecimento das condições de racionalidade a mera concordância de gestores públicos sobre a importância da participação e do aprimoramento dos espaços deliberativos. Mas o mais grave nesse ponto parece ser a busca pela participação por parte da sociedade e a constante necessidade, na prática, do surgimento de uma figura com poder de liderança para que “represente” aquela comunidade.

A autoridade tira seu verdadeiro sentido na sua contribuição à maturidade de um juízo livre: receber a autoridade também é passá-la pelo crivo da dúvida e da crítica. Mais profundamente o elo entre autoridade e razão deve-se ao fato de “a tradição não cessar de ser um fato da liberdade e da própria história”. Isso não é notado se confundirmos a “preservação” (*Bewahrung*) de uma herança cultural. **Uma tradição exige ser apreendida, assumida e mantida.** Nisto ela é um ato de razão: “A preservação não resulta de um comportamento menos livre que o transtorno e a inovação” (RICOEUR, 2008, p. 122. Grifos próprios).

Essa é a grande questão no que tange à crítica às tradições: a de que uma tradição precisa ser apreendida, assumida e mantida. Os atores que compõem o espaço de deliberação não podem tomar o momento presente como se fosse algo decorrente da natureza. De outra forma, é imperioso que não se incorra na síndrome do homem vulgar, o qual “ao se encontrar com este mundo técnica e socialmente tão perfeito, pensa que foi criado pela Natureza, e nunca se lembra dos esforços geniais de indivíduos excepcionais que a sua criação pressupõe” (GASSET, 2002, p.89). Outrossim, uma sociedade que busque ou que aspire a qualificação do controle

social não pode incorrer em viver sem programa de vida ou projeto. Da mesma forma que, deparando-se com as dificuldades do sistema não pode se restringir a fugir do conflito do momento e não resolvê-lo como se uma vez superando aquele momento não haveriam reflexos da sua não resolução. Uma sociedade com ideais democráticos não pode carecer de projetos e seguir à deriva, pois nesse caso não haveria nenhuma contribuição, mas sim um desperdício de amadurecimento social, visto que as possibilidades do homem hoje são enormes.

O procedimentalismo racional da tomada de decisão inevitavelmente considerará a cultura vivida ou a falta de vivência por parte daqueles atores. Um indivíduo que se desenvolva sem considerar o que o trouxe até aquele momento acaba por não ter noção dos seus próprios limites. E, por não estar preparado ou não ter consciência da sua função dentro de uma sociedade democrática tende a “evitar qualquer pressão à sua volta, qualquer choque com outros seres, chega a acreditar efetivamente que só ele existe, e se acostuma a não considerar os demais, principalmente a não considerar ninguém como superior a ele” (GASSET, 2002, p.90).

Nesse aspecto mais uma vez a ação comunicativa ganha fundamental evidência, porque na necessidade da tomada de decisão em uma sociedade – seja democraticamente comprometida ou não – a racionalidade dos argumentos e procedimentos deverão se fazer presentes, sob pena de a decisão não se legitimar. Assim, “quando estas decisões são tomadas racionalmente, elas não são “pronunciadas” (*fallen*) nem de maneira teoreticamente concludente nem meramente arbitrária: antes elas são motivadas por um discurso convincente” (HABERMAS, 1987, p. 30). Ou seja, as decisões que racionalmente são “só se formam sobre a base de um consenso que é produzido pelo discurso convincente, e isto quer dizer: na dependência dos meios adequados, ao mesmo tempo cognitivos e expressivos, da exposição em linguagem corrente” (HABERMAS, 1987, p. 30-31).

Desta forma, a ideologia aqui, será tratada como “uma característica criativa e constitutiva da vida social que é sustentada e reproduzida, contestada e transformada, através de ações e interações, as quais incluem a troca contínua de formas simbólicas” (THOMPSON, 1995, p. 19), a fim de avançar na tentativa de se acordar semanticamente sobre democracia “não-amadurecida” e analisar os seus reflexos no que tange a efetivação do controle social. Ou seja, uma sociedade

dominada (no sentido de apática), incorre basicamente no problema apresentado anteriormente do perigo da estatização da vida do cidadão. Já que o homem além de ser dominado pelo mundo em que se encontra, é dominado também por conta da sua anomia social, pela forma de representação que também foi criada e consensuada pelo homem (CHARAUDEAU, 2006).

A essa questão de poder e dominação, soma-se o fato de o atual Estado Democrático não conseguir responder a todos os conflitos sociais que o circundam, gerando assim, o que se chamou de crise de legitimidade do Estado.

5 DEMOCRACIA FORMAL X DEMOCRACIA REAL (SUBSTANCIAL): OS FATORES DA NÃO CONSOLIDAÇÃO DE UMA CIDADANIA EFETIVA NO BRASIL PÓS 1988

Já foi estudado que os ideais de um Estado Democrático estão além de apenas referir os princípios de liberdade e igualdade. Que por conta dos elementos intrínsecos ao próprio conceito de democracia, todo Estado que se declara democrático deveria buscar a efetivação de uma democracia substancial, avançando da forma de governo enquanto democracia formal, ainda que por ora tal esforço pertença ao gênero dos objetivos futuríveis.

Por isso, a democracia não é apenas uma forma jurídico-política criada como compromisso de realização da autonomia do cidadão por conta da impossibilidade da efetivação de um governo direto do povo nas grandes nações. É, antes disso, uma experiência de liberdade compartilhada entre os sujeitos que formam uma sociedade, a qual se conserva a partir da tentativa de manutenção de um projeto de comunidade projetada por meio da representação de vontade que devem convergir para se buscar possibilidades de aperfeiçoamento das condições atuais dos indivíduos, das classes e inclusive das gerações vindouras (BOURETZ, 2001, p.143-151).

Dito isto, não se pode ter por encerrado o debate sobre democracia se não se dá conta de percebê-la como um princípio além da forma de governo, como se falou até agora. Há que se trabalhar a linguagem política sob o aspecto não apenas da forma, mas sobretudo conteudisticamente de regimes democráticos e não

democráticos. Almeja-se aqui tratar, portanto, da busca pela consecução de uma igualdade, não apenas a igualdade jurídica que já foi introduzida em boa parte das constituições liberais, ainda que não democráticas, mas sim de uma igualdade social.

Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo dessa forma. Estes dois significados podem ser encontrados em perfeita fusão na teoria rousseauiana da democracia, já que o ideal igualitário que a inspira se realiza na formação da vontade geral, e portanto são ambos historicamente legítimos. (BOBBIO, 2007, p.157-158).

No Brasil especificadamente, tende-se a petrificar os institutos tradicionais da democracia, ainda que previstos na Constituição de 1988, nos termos e nos espaços definidos em lei o que gera por consequência a redução da ideia de democracia a uma simples técnica de comportamentos institucionais. De outra forma, proporcionando-se pseudo espaços de discussão ou de implementação de arenas deliberativas onde se possa agir democraticamente já basta para a cultura de redução da democracia a tais formas. Ponto este criticado nesta pesquisa. Ainda que não seja o suficiente, necessita-se de uma ampliação da experiência democrática para se chegar na democracia substancial e não permanecer apenas na democracia formal.

É nesse momento que assume destaque a proposta de uma ação comunicativa. Isso, pois, “para Habermas, o princípio democrático está inserido no princípio do discurso e vem ao encontro da necessidade da integração social a partir do mútuo entendimento e não mais mediante a autoridade de fundamentos metafísicos” (BITENCOURT; RECK, 2015, p.27). Ou seja, a validade que antes era dada por meios como carisma, justificação divina de onde advinha a autoridade, a partir do pluralismo que caracteriza o atual momento histórico não dispensa o debate, a discussão sobre os temas, conceitos e práticas da sua comunidade. Essa validade requer seja dada, então, através da fundamentação, “pois nesse processo de agir comunicativamente voltado ao entendimento mútuo é que ocorre a integração social” (BITENCOURT; RECK, 2015, p.27). O princípio democrático transmutado como Estado Democrático de Direito passa a ser o pano de fundo a orientar o processo de decisão e produção dessa decisão nas sociedades complexas.

Não se quer afirmar absolutamente que o princípio democrático juntamente com o princípio do discurso são práticas infalíveis, pois sabe-se que o princípio do discurso não é suficiente para regular a vida nas sociedades complexas.

O princípio democrático atende às necessidades de fixar procedimentos para a produção da validade das normas jurídicas, garantindo-se que na produção do direito todos estão submetidos em condições que possam se expressar na formação da opinião pública e vontade política. (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 28).

Isto é, postas estas condições do princípio democrático, o processo de validação estará vinculado “a uma racionalidade comunicativa institucionalizada, sem a necessidade de recorrer a argumentos fora da história [...]” (BITENCOURT; RECK, 2015, p.28). Partindo dessa premissa, os consentimentos gerados no seio de sociedades plurais e complexas são, por definição, plurais e complexos, e exigem portanto mecanismos de arbitragem diversos, a representação política sedo apenas um destes mecanismos. (EISENBERG, 2003).

Democracia não é meramente um regime em nome do povo, governado por seus representantes eleitos, mas é um governo do povo, em que os consentimentos gerados no seio deste legitimam permanentemente decisões governamentais, tornando-as, desta maneira, decisões vinculantes. (EISENBERG, 2003, p.200).

Daí porque Habermas (2004, p.280-281) afirmar que “a justificação existencial do Estado não reside primeiramente na defesa dos mesmos direitos subjetivos, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade”, no qual os cidadãos livres e iguais cheguem a um acordo recíproco referente a quais são os objetivos e normas que devem corresponder com o interesse comum.”Com isso, exige-se do cidadão republicano mais que a orientação segundo seus respectivos interesses próprios” (HABERMAS, 2004, p.281).

O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um *auto-entendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de *acordos*, da checagem da coerência *jurídica*, de uma escolha de instrumentos *racional e voltada a um fim específico* e por meio, enfim, de uma fundamentação *moral*. (HABERMAS, 2004, p.285. Grifos no original).

Por ora, é inviável tratar da identificação dos fatores responsáveis pela não consolidação de uma cidadania ativa no Brasil, mas pode-se indicar que boa parte de tais causas está intimamente ligada com a questão do predomínio de uma democracia formal tão somente. Não se pretende afirmar que o modelo democrático atual foi superado. Muito pelo contrário, afinal o modelo democrático para ser, de fato, assim considerado precisa trabalhar os seus mecanismos existentes para o fim de aperfeiçoá-los para que se possa aplicar princípios de fala universalizantes a partir de uma sociedade civil emancipada, para que então a qualidade da participação e decisão tenha efeitos positivos no que se refere ao controle, portando, do Estado e assim, caminhe-se para a ideia de efetivação de uma democracia substancial.

6 DEFININDO DEMOCRACIA “NÃO-AMADURECIDA”

O desafio do presente tópico é claro e a partir do conteúdo até aqui trabalhado, pode começar com o seguinte questionamento: considerando-se que não basta para a configuração de uma democracia substancial apenas a previsão de procedimentos que autorizam e permitam a todos participarem do processo de produção de decisões e acompanhamento da máquina estatal. Considerando-se que esse processo democrático é oriundo de um pacto onde o poder é exercido por governantes escolhidos representativamente e, portanto, em tese legitimados. Considerando-se que em determinadas sociedades democráticas e aqui se fala, sobretudo, da sociedade brasileira, o processo de instalação do Estado Moderno se deu voltado à sua realidade e, portanto, diferentemente dos países originários da democracia moderna, ou seja, com culturas cívicas e políticas diversas, é possível dizer que todas essas sociedades ou a grande maioria que não possuem os seus direitos civis, políticos e sociais devidamente implantados e compartilhados estarão cotadas a serem democracias incompletas?

Para responder a tal pergunta e construir um pacto semântico acerca do que será considerado como democracia “não-amadurecida”, através de Habermas, tem-se um importante meio de se conseguir êxito, pois ele propõem um modelo deliberativo de democracia na qual subscreve “o argumento deontológico do

liberalismo, mas buscam novas instituições de participação política e de fortalecimento da sociedade civil que superem os limites da democracia representativa formal” (EISENBERG, 2003, p. 185).

Assim, a partir do processo deliberativo proposto por Habermas a condução natural de justificação das decisões e opiniões dentro da esfera pública por parte dos cidadãos, levaria a uma qualificação desses discursos, pois sempre se estaria em contraponto com a opinião alheia, buscando sempre a melhor argumentação e, conseqüentemente dos indivíduos.

Desta forma, uma das possíveis resposta para o questionamento inicial é de que não, as sociedades em que não possuem seus direitos sociais, políticos ainda totalmente compartilhados não estarão condenadas a serem democracias incompletas, sendo a forma de alterar essa realidade a emancipação dos seus cidadãos. Emancipação esta que deve se refletir em uma cidadania participativa e engajada no controle da administração, efetivando assim os procedimentos formais de democracia participativa previstos em suas constituições. Nesse sentido,

na tradição liberal, bem como na republicana, a participação política dos cidadãos é compreendida em um sentido essencialmente voluntarioso: todos devem possuir a mesma chance de fazer valer de modo efetivo as suas preferências ou de expressar com comprometimento a sua vontade política, seja no intuito de seguir os seus interesses privados (Locke) ou para atingir o usufruto da autonomia política (J.S. Mill). Mas se nós, no entanto, atribuirmos à formação democrática da vontade também uma função epistemológica, o seguir os interesses próprios e a efetivação da liberdade política ganham ainda a dimensão do uso público da razão (Kant). Então o procedimento democrático retira a sua força legitimadora não mais apenas – e nem sequer em primeira linha – da participação e da expressão da vontade, mas antes do acesso universal a um processo deliberativo cuja natureza fundamenta a expectativa de resultados racionalmente aceitáveis. (HABERMAS, 2001, p. 140).

Assim, considerando-se a possibilidade de emancipação do sujeito, uma democracia amadurecida pressupõe que o seus membros reconheçam o outro e suas necessidades enquanto sujeitos, desejem algo, tenham uma ideia, um ideal que os identifique como comunidade e leve os cidadãos a saírem da apatia política e do paternalismo estatal para serem partícipes atuantes do controle das decisões vinculantes. Nesse sentido, uma democracia “não-amadurecida” não se resume a, por exemplo, ser apenas uma democracia formal. Levará em consideração todas as

deficiências que envolvem determinada comunidade, suas contradições econômicas e culturais, sobretudo, a sua consciência política.

É nesse ponto que a proposta de uma ação comunicativa tem sua importância revelada, isto é, o momento em que se dá a interação entre os sujeitos através da linguagem, oportunidade em que se busca um consenso de uma forma livre e não coitada.

Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem através de processos de entendimento. O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validade, que estão em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos. (HABERMAS, 1990, p. 72).

Assim, é através do modelo procedimentalista que se pode captar uma série de opiniões esparsas, que no procedimento democrático, transformam-se em poder comunicativo – que em si não domina o uso do poder administrativo, mas pode de certa forma, direcioná-lo (HABERMAS, 2003). Daí a importância da linguagem para o modelo de ação comunicativa, isto é, uma vez estabelecidas as condições ideais, a linguagem tomará uma posição que não será mais utilizada como forma (ou meio) de troca de informações tão somente. De outra forma, a linguagem passa a ser um meio viabilizador para criação de plano de ação. A captação das opiniões esparsas ocorre por meio da coordenação que se forma “a partir da defesa de pretensões de validade que podem ser defendidas e resgatadas em ‘razões adequadas’” (RECK, 2006, p. 144. Grifos no original). Isso, pois, tomando-se por base o olhar do participante, é pressuposto entre os falantes a sua racionalidade, de forma a projetar que os atores se expressem movidos pelo anseio de validade (RECK, 2006).

Entretanto, é importante referir que, embora a concatenação/captação dessas informações esparsas movidas por uma racionalidade entre os falantes, os

quais se pressupõem agirem com pressupostos de validade, geralmente estão localizadas em espaços e tempos bem definidos, sobretudo, em uma *práxis* habitual, ainda assim esse jogo busca dar uma validade que ultrapasse aquele contexto específico. Daí porque ser “importante perceber a sociedade, linguagem e o Direito basicamente como cadeias de ação estruturadas de alguma maneira com base na força ilocucionária da linguagem [...]” (RECK, 2006. p.145).

Com a virada linguística, a linguagem assume a condição de tornar acessível as coisas no mundo através de seus significados, ultrapassando as ideias essencialistas da coisa em si mesma. **As pessoas inseridas no mundo da vida necessitam das capacidades coordenadoras da ação presentes na linguagem, uma vez que são as interações cotidianas dos sujeitos que formam um pano de fundo que passam a orientar toda forma de conhecimento**, tanto porque reproduz na medida em que o consenso acontece, da mesma forma que possibilita que a comunicação também aconteça. (BITENCOURT, 2013, p.186-187. Grifos próprios).

Ou seja, o objetivo da ação comunicativa se funda numa perspectiva dialógica de comunicação, quando parte-se de uma relação intersubjetiva⁶, na qual observa-se a pragmática da fala e dos seus atores, já “pressupondo que todos estão orientados para uma mútua compreensão voltada ao entendimento (situação ideal de fala)” (LEAL, 2011, p. 17-18).

Portanto, uma democracia tida como “não-amadurecida” vai muito além de se identificar as deficiências de uma esfera pública, por exemplo. Uma democracia desenvolvida ou “amadurecida” é a que está pronta para colocar em prática a teoria do discurso por meio do modelo deliberativo, isto é, busca ou promove o exercício das condições ideais de fala, uma vez que trabalha com uma racionalidade comunicativa e não meramente instrumental. Considerando-se que um sujeito não estará totalmente emancipado, o objetivo a ser perseguido é a criação ou aperfeiçoamento de canais para que através da troca promovida pela ação comunicativa, isto é, da possibilidade da percepção do outro pelo eu, esse eu consiga perceber o outro para que se desenvolva com mais qualidade uma racionalidade comunicativa. De outra forma, essas condições trazidas pelo pano de fundo que é o Estado Democrático são os elementos de abertura para a inserção do

⁶ Uma vez que esta será imprescindível para o acesso ao conhecimento do mundo, conforme dispõem Bitencourt e Reck, 2015.

princípio do discurso. Há que se entender que tais mecanismos de participação ultrapassam a ideia de acessórios que ajudam a dar legitimidade para a Administração Pública. Ao contrário, são “processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição” (HABERMAS, 1997, p.184-185. Grifos no original – facticidade e validade II).

Ou seja, quanto mais perto se estiver das condições ideais da teoria do discurso, mais próximo se estará de decisões que reflitam as necessidades da esfera pública, o que parece ser um “argumento que pode gerar uma fundamentação suficiente para a necessidade de participação na Administração Pública” (RECK, 2006, p. 195).

7 CONCLUSÃO

A partir das premissas expostas no decorrer do estudo, pode-se perceber que o processo de desenvolvimento democrático pressupõem uma relação entre o processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade. Isso implica dizer que esse processo de democratização do poder e da própria sociedade é permanente e longo, o qual deverá ser mediado pela linguagem e comunicação política que inclua e se abra para a atuação do cidadão e também pela interação dos valores da esfera social que se encontram as instituições políticas e também pelos movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Para operacionalizar tal perspectiva, é imprescindível construir uma linguagem comum capaz de ser codificada e compreendida pelo homem comum, que a principal fonte e também destinatário de toda e qualquer ação administrativa estatal, ultrapassando, pois, os signos nebulosos dos códigos linguísticos jurídicos tradicionais, que se projetaram e demarcaram a Administração Pública contemporânea, sobretudo em sua seara própria de técnica e burocracia, o que dificultou a aproximação política dos seus termos e práticas por parte da cidadania em geral, enclausurando-os nas mãos dos já iniciados e institucionalizados agentes sociais e negando a natureza mediadora e interativa que deveria ter esta linguagem.

Qualquer Administração Pública para se configurar como democrática e comunicativa precisa, então, construir o maior número possível de adesão social legítima, adquirida através de ações comunicativas permanentes, que podem ser tensionais e conflituosas em face de estarem em pauta interesses ocasionalmente opostos, com todos os agentes envolvidos e alcançados pelo exercício do poder político – institucionais ou não. Além do mais, as ações administrativas devem ser suscetíveis de fundamentação e crítica constantes, o que retroalimenta o controle e a depuração social.

Daí porque se insistir na necessidade do reconhecimento da complexidade que marca as relações sociais contemporâneas, as quais estão sempre em permanente mutação e ampliação de suas demandas e conflitos. Entretanto, para isso o que deve ser buscado na Administração Pública e com ela, é garantir os espaços públicos de enfrentamento e debate de todas as particularidades deste cenário, acolhendo a diversidade e a diferença como elementos imprescindíveis para o debate, a deliberação e a execução das políticas públicas norteadoras das ações públicas voltadas à comunidade como um corpo político orgânico e ativo. Este, portanto, é o plano de visibilidade que deve orientar o modelo administrativo de gestão, isto é, o que crie condições (objetivas e subjetivas) para a participação política da cidadania como condição de uma administração pública democrática.

Assim, o conceito de democracia procedimental implica outros conceitos estruturais de poder político e de participação política, relacionado não apenas com a formação da vontade política institucionalizada na perspectiva parlamentar, mas inclusive com uma noção de esfera pública revitalizada, a qual organiza um conjunto orgânico de arenas políticas informais, composta de velhos e novos atores/cidadãos.

O argumento habermasiano centra-se nesta ideia de democracia procedimental porque envolve a todos e outorga a todos responsabilidades indissociáveis no processo de construção dos seus cotidianos. Assim, uma esfera pública que realiza do procedimento pela ação comunicativa, abandonando a ação instrumental, possibilita a construção de uma expectativa de racionalidade dos procedimentos em sede de esfera pública.

8 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller. RECK. Janriê Rodrigues. O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, M. M. M. da. LEAL, M. C. H. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015. Tomo 15. p.24-60.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOURETZ, Pierre. Repensar a democracia. In: DARNTON, R.; DUHAMEL, O. **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p.143-151.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso político**. São Paulo: Contexto, 2006.

EISENBERG, José. **A democracia depois dos liberalismos**: ensaio sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

GASSET, José Orterga y. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos da teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vols. I e II.

HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de revisión de la izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1990, p. 72.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes Habermasianas. In: **A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública** [recurso eletrônico]: alguns estudos de casos em Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 17-18.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias.** Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, F. de; PAOLI, M. C. (Org.). **Os sentidos da democracia: Políticas do dissenso e hegemonia global.** São Paulo: Vozes, 1999. p. 83-129.

SWAROVSKY, Aline. **A importância da participação social na elaboração, implementação e execução de políticas públicas: um estudo a partir da atuação do Conselho Municipal de Saúde de Santa Cruz do Sul como um espaço para a prática democrática deliberativa.** 2011. 259 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

TEIXEIRA, Claudia; SERAFIM, Lizandra. **Controle social das políticas públicas.** In: Revista Repente. Disponível em: <polis.org.br/publicacoes/controle-social-das-politicas-publicas/>. Acesso em: 29 out. 2015.

ZENI, Bruna Schlindwein. **Conselhos Municipais: efetivamente um instrumento democrático deliberativo: uma análise do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher da Cidade de Santa Cruz do Sul/RS.** 2010. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A ZONA FRANCA DE MANAUS¹

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE MANAUS FREE ZONE

Luiz Otávio da Silva²

Resumo

A Constituição Federal prescreve, no seu art. 225, que 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. Portanto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental. Em vista disso, o desenvolvimento do país deve estar pautado na sustentabilidade, ou seja, deve haver um equilíbrio entre a economia e a ecologia. Dessa forma, o desenvolvimento passa a ser associado não somente ao crescimento econômico, mas também à garantia de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, com o claro objetivo de servir de meio para se atingir todas as potencialidades humanas. Desenvolvimento sustentável deve ser uma estratégia de crescimento econômico de curto, médio e longo prazo, caracterizada pela integração das dimensões humana e ecológica ao processo econômico. Seu fim último é a dignificação de todos os seres humanos e povos através da erradicação da pobreza e da realização de seus direitos fundamentais. Assim, este artigo analisa a importância da Zona Franca de Manaus para a geração de desenvolvimento sustentável na região amazônica, ou seja, para que haja conciliação entre crescimento econômico e preservação ambiental. Quanto aos meios, a Metodologia utilizada na presente pesquisa é a da pesquisa bibliográfica, com análise da doutrina e jurisprudência e, quanto aos fins, é qualitativa.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Zona Franca de Manaus.

Abstract

The Brazilian Constitution stipulates in its article 225, that everyone is entitled to an ecologically balanced environment and of common use and essential to a healthy quality of life, imposing on the Government and society the duty to defend it and preserve it for present and future generations. Therefore, ecologically balanced environment is a fundamental right. In view of this, the development of the country must be founded on sustainability, ie, there must be a balance between economy and ecology. Thus, the development will be

¹ Artigo submetido em 21/01/2015, pareceres de aprovação em 03/02/2015, 05/02/2015 e 25/06/2015, aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Analista do Tesouro Estadual da SEFAZ/AM. Advogado e Contabilista. Mestrando em Direito Ambiental da UEA. Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade de São Paulo e em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Possui MBA Executivo em Gestão Financeira, Contabilidade e Auditoria pelo ISAE/FGV. E-mail: <direito222@hotmail.com>.

associated not only to economic growth but also the guarantee of fundamental rights of first, second and third generation, with the clear objective to serve as a medium for reaching all human potentialities. Sustainable development should be a strategy for economic growth in the short, medium and long term, characterized by the integration of human and ecological dimensions to the economic process. Its ultimate goal is the dignity of all human beings and peoples through the eradication of poverty and the realization of their fundamental rights. Thus, this article analyzes the importance of the Manaus Free Zone to generate sustainable development in the Amazon region, ie, so that there is balance between economic growth and environmental preservation. As to the means, the methodology used in this research is the bibliographic search, with analysis of doctrine and jurisprudence, and about the purposes, it is qualitative.

Keywords: Sustainable Development. Manaus Free Zone.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento sustentável. 3. Zona Franca de Manaus. 4. Desenvolvimento sustentável e a Zona Franca de Manaus. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/92) definiu o desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. A sustentabilidade, assim, é a busca da segurança da humanidade, em que a implementação das exigências sociais, culturais e econômicas se compatibiliza com a proteção do meio ambiente, estando implícita a ideia de “manutenção dos estoques da natureza, ou a garantia de sua reposição por processos naturais ou artificiais.

A proteção do meio ambiente não pode constituir obstáculo à livre iniciativa. Afinal, o desenvolvimento econômico é necessário para que se possa buscar a evolução do índice de desenvolvimento de um país e é também condição indispensável para que se efetive a preservação ambiental.

O princípio da livre iniciativa também não pode constituir obstáculos para a efetiva prevenção ou reparação do dano ambiental. Assim, diz Rodrigues (2005, p. 110):

Seria impossível listar em poucos parágrafos as influências econômicas na realidade social, especialmente voltada para a normatização ambiental, mas é inegável que o Direito Ambiental se vê fortemente influenciado pela

Economia, que, nos últimos tempos, deixou de caminhar de modo divergente para tentar ser convergente com os interesses ambientais, já que, em última análise, a produção de riqueza depende de recursos ambientais, e a manutenção da mão-de-obra é dependente também da outorga de um mínimo de qualidade de vida ao proletário. Portanto, até para assegurar a sua existência a Economia precisou revisitar seus conceitos acerca do meio ambiente. Se por um lado o seu fim não é altruísta e nem solidário, por outro lado também não poderá negar a necessidade imperiosa de mudança de concepção para manutenção de um mínimo de organização econômica.

Desta forma, não há antagonismo ou contradição na conjugação dos dois princípios. Ao contrário, a interpretação desses dois princípios não pode ser tomada em termos absolutos, mas sim de maneira relativa, em interpretação sistemática com o norte estabelecido pela própria Constituição Federal, de modo que eles se complementem, na busca da harmonização da ordem econômica.

Da lição de Freitas (2005, p. 236) extrai-se que,

...a busca da conciliação entre o desenvolvimento e a proteção ambiental veio com a Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Com efeito, o art. 170, VI, coloca a defesa do meio ambiente como um dos princípios do desenvolvimento. Em outras palavras, não se justifica mais o desenvolvimento econômico se não houver a conseqüente defesa do meio ambiente.

O desenvolvimento econômico implica na utilização de bens ambientais, que são utilizados como matéria prima. A lei permite a utilização desses bens no desenvolvimento da economia, mas desde que haja a contrapartida por parte dos empreendedores que é a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A Organização das Nações Unidas – ONU, desde a Conferência de Estocolmo, passou a apoiar uma política ambiental global, influenciando as organizações financeiras internacionais a exigir o estudo de impacto ambiental para o financiamento de projetos. Neste contexto, a Zona Franca de Manaus com seus três polos econômicos: comercial, industrial e agropecuário vem se destacando como um paradigma de desenvolvimento sustentável bem sucedido ao equilibrar progresso econômico e social com a preservação do meio ambiente, agregando renda para os povos da região amazônica e gerando divisas consideráveis para o país.

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O princípio do desenvolvimento sustentável é, atualmente, assunto obrigatório nas discussões acerca de políticas de desenvolvimento, tratando-se de teoria que preconiza a revitalização do crescimento da economia global de modo a reduzir a degradação ambiental e a pobreza, posto que os modelos existentes de desenvolvimento não são sustentáveis a longo prazo, sendo seu pressuposto a mudança no crescimento econômico, para torná-lo menos intensivo e mais eqüitativo em seus impactos (CHERNI, 2002, p. 48-49).

Esse princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico, mas encontrar um meio termo, um equilíbrio entre a economia e o meio-ambiente, por representar a atividade econômica muitas vezes uma imensurável degradação ambiental. Neste sentido, segue transcrito julgado do Supremo Tribunal Federal:

(...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006, p. 14)

No mesmo diapasão, Fiorillo (1999, p. 119) afirma que:

O desenvolvimento sustentável foi definido na Conferência do Rio-92 como sendo aquele “que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das futuras gerações atenderem à suas próprias necessidades”. Como se denota, trata-se de um modelo de desenvolvimento que respeita as limitações do ambiente. A atividade econômica pauta-se pela formação de lucros com menor custo; o princípio do desenvolvimento sustentável diverge entre economia e o meio ambiente, consistindo no acontecimento de que a natureza é construída em ciclos de eventos e a econômica em passos lineares. Determinado comportamento humano em relação ao meio ambiente poderá causar uma degradação

ambiental e, conseqüentemente, gerará efeito cascata passível de contaminar o próprio ser humano.

Por isso, as políticas de governo devem incentivar setores econômicos que degradem menos o nosso planeta, buscando o equilíbrio entre desenvolvimento econômico e meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988 prescreve, no seu artigo 170, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa deve observar a defesa do meio ambiente, ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exposto no artigo 225 se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no artigo 170, VI. O legislador constitucional quis mostrar que a liberdade de empreender deve se preocupar com o ato de proteger para que seja atingido o ponto de equilíbrio entre uso racional dos recursos naturais, desenvolvimento social e o crescimento econômico.

É necessário que o homem use economicamente a natureza de um modo saudável e não de forma predatória como acontece até agora. Derani (2001, p. 238) afirma que:

o problema da destruição dos recursos naturais não é diretamente proporcional ao aumento ou diminuição do crescimento econômico, pois está relacionado com o modo utilizado pela sociedade para a sua apropriação. Preconiza que, para se conquistar uma real alteração do modo de tratamento do meio ambiente, é necessário discutir a razão e finalidade da produção, com a devida interpretação do artigo 170 da Constituição Federal e elaboração de políticas públicas fundamentadas nos princípios constitucionais. Isso porque os princípios, além de revelar a finalidade da produção e definir o que seja ou não lícito, definem também valores, bases, metas, para a realização de uma política econômica, social e ambiental.

Dessa maneira, tendo-se por base os princípios da ordem econômica previstos no art. 170 da Carta Magna, podemos entender a lógica de produção e consumo de uma atividade econômica, definindo se é sustentável ou não.

Dentro desse contexto, deve-se compreender que não se muda rapidamente os processos econômicos de produção, faz-se necessário a sedimentação da ética ambiental para que haja uma mudança no costume e no comportamento das pessoas que vivem nesse planeta.

A relação do homem com a natureza apresenta-se em crise. Eis a crise ecológica: a poluição ambiental, a desflorestação e destruição sistemática das espécies, ou seja, a crise da nossa relação com a natureza.

A crise ecológica não é, somente, algo decorrente da destruição sistemática das florestas e dos animais (flora e fauna), mas também, a crise da nossa relação com a natureza, entendida como aquela que decorre do fato de não conseguirmos identificar o que nos liga à natureza (crise do vínculo) e o que nos distingue da natureza (crise do limite).

A modernidade ocidental pensa a relação do homem com a natureza numa perspectiva de “natureza-objeto” em que o homem é colocado como dono e senhor da natureza transformando-a em mero reservatório de recursos naturais e depósito de resíduos. A modernidade gera um dualismo entre o homem e a natureza que conduz a um impasse, pois determina a perda do vínculo com a natureza e suscita a ilimitabilidade do homem.

Esta concepção moderna da relação do homem com a natureza (natureza-objeto) quando deixou o plano das idéias para se tornar ação humana, inclusive com incentivos do poder público, trouxe conseqüências negativas nos níveis local, regional e global.

Um das facetas em que esta concepção da natureza-objeto encontra-se presente esta na idéia de crescimento econômico promovido a qualquer custo, ou seja, sem preocupações de ordem ecológica e social que durante algum tempo foi concebido equivocadamente como sendo sinônimo de desenvolvimento econômico (VEIGA, 2010).

O desenvolvimento econômico não se confunde com o crescimento econômico já que os objetivos daquele não são restritos a mera multiplicação da riqueza material que é condição necessária, mas não suficiente para a promoção de uma melhor qualidade de vida. A efetivação das três gerações dos direitos fundamentais e a ampliação da riqueza material é que traduz a idéia de desenvolvimento. (SACHS, 2008)

A terceira geração dos direitos fundamentais em que esta inserida a proteção do meio ambiente traz mais um aspecto a ser introduzido na idéia de desenvolvimento com grande repercussão em que este passa a ser designado

inicialmente como ecodesenvolvimento e posteriormente consolida-se na expressão desenvolvimento sustentável.

No cenário mundial, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano que teve lugar em Estocolmo (1972) apresenta-se como um marco nas discussões em torno da dimensão ambiental da concepção de desenvolvimento. O Relatório Founex que serviu de base para as discussões na referida Conferência admite a relação de causa e efeito entre desenvolvimento industrial indiscriminado e degradação ambiental.

O conceito de desenvolvimento sustentável largamente difundido consolidou-se nos trabalhos da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento (1987) através do relatório “nosso Futuro Comum” também conhecido como “Relatório Brundtland” em que considerou o desenvolvimento sustentável como aquele que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.

Segundo Veiga (2010, p. 113), o conceito apresentado pela Organização das Nações Unidas – ONU para o desenvolvimento sustentável se traduz num conceito político e amplo voltado para o progresso econômico e social e que institucionaliza nesta expressão o maior desafio e o principal objetivo das sociedades contemporâneas que é a conciliação entre crescimento econômico e conservação da natureza.

A polarização entre crescimento econômico e preservação ambiental cujos debates surgiram nos Estados Unidos na década de 1960 alimentados por um temor apocalíptico desencadeou a elaboração de duas correntes. Uma afirma que não há dilema entre conservação ambiental e crescimento econômico, pois este só seria prejudicial ao meio ambiente enquanto não atingisse um determinado patamar de riqueza. A outra corrente apregoa que a solução para este dilema é a condição estacionária que consiste numa situação sem crescimento da população e do estoque físico do capital, mas com melhoria em termos qualitativos (tecnológica e ética) (VEIGA, 2010).

A superação da crise ecológica desencadeada pelo dilema entre conservação ambiental e crescimento econômico que consiste na relação do homem

com a natureza encontra na ideia de sustentabilidade ambiental um caminho para a construção de uma melhor qualidade de vida.

Nesta perspectiva, as duas correntes apresentadas sobre a polêmica entre crescimento econômico e preservação ambiental não se apresentam suficientes para dar conta da complexidade dos desafios que se colocam para o século XXI acerca da forma como o homem se relaciona com a natureza.

Tanto é assim que Murray Gell-Mann (apud VEIGA, 2010, p. 167-170) defende a realização de um conjunto de sete transições interligadas para que a humanidade tenha uma situação mais sustentável no século XXI que não ignora as externalidades negativas do crescimento econômico, nem visa alcançar a condição estacionária. O conjunto das sete transições é o seguinte: a) estabilização da população (global); b) práticas econômicas que encorajem a cobrança de custos reais, crescimento em qualidade em vez de quantidade, e a vida a partir dos dividendos da natureza e não do seu capital; c) tecnologia de baixo impacto ambiental; d) distribuição equitativa da riqueza; e) instituições globais e transnacionais fortes; f) um público mais bem informado sobre os desafios do futuro; g) atitudes que favoreçam a unidade na diversidade, ou seja, cooperação e competição não violenta entre tradições culturais diferentes e nações-Estados, assim como a coexistência com os organismos que compartilham a biosfera com os seres humanos.

O Brasil não ficou afastado desta preocupação global em torno da proteção do meio ambiente de sorte que o desenvolvimento sustentável ostenta no ordenamento jurídico pátrio o status de norma constitucional encontrando-se alocado no artigo 225 da Constituição Federal que impõe ao poder público e a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações.

A compreensão do desenvolvimento sustentável passa necessariamente pela percepção da inter-relação existente entre os seus pilares de sustentação que são segundo Sachs (2008, p. 15-16) o social, ambiental, territorial, econômico e político.

A inter-relação entre estes aspectos é tão forte que a sustentabilidade apresenta-se como conceito abrangente e indivisível cuja fragmentação em áreas e setores apenas é possível para fins didáticos, cuja concreção deve ser atingida no seu conjunto englobando os desdobramentos existentes, sob pena de se gerar desequilíbrio no todo social.

Em sua tese de doutoramento Marques (2009, p. 125) discorrendo sobre o tema nos ensina que:

Desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz os interesses de todos os grupos, possibilitando, ao mesmo tempo, proteção ambiental. Deve situar-se em um patamar mínimo de bem-estar e dentro de um limite máximo tolerável de desgaste de recursos ambientais, seja provocado pelo crescimento econômico, seja provocado pela própria comunidade em suas atividades normais. É a harmonização do homem com a natureza. Não significa não crescimento, mas a compatibilização entre crescimento econômico e proteção ambiental.

O inter-relacionamento entre os aspectos ambientais, econômicos e sociais, apregoados pelo desenvolvimento sustentável está presente no nosso ordenamento jurídico em que a Constituição Federal elegeu como um dos princípios da ordem econômica a defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI, CF/88). E no aspecto social elegeu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, CF/88).

O grande desafio, portanto, é conseguir identificar as práticas sustentáveis para o desenvolvimento em razão da indefinição e instabilidade do conceito de desenvolvimento sustentável que varia no tempo e no espaço e que para VEIGA (2010, p. 208) ainda é um “enigma que continua à espera de um Édipo que o desvende”.

Todavia, MARQUES (2009, p. 126-127) nos alerta para o fato de que apesar destas dificuldades o desenvolvimento sustentável deve ser considerado como meta ou objetivo do poder público e da coletividade, ainda que ele seja considerado inatingível. Destaca também que não se pode a esse pretexto “aceitar

a insustentabilidade ambiental e social em benefício exclusivo do crescimento econômico”.

Trata-se do duplo imperativo ético que compõe o conceito de desenvolvimento sustentável a que Sachs (2008) se refere e que traz consigo o desafio de acomodar as vertentes constitucionais de desenvolvimento nacional (econômica) e da proteção do meio ambiente (ambiental) de forma que seja assegurada a dignidade da pessoa humana (social) numa perspectiva de perenidade a fim de que sejam beneficiadas as presentes e futuras gerações.

No âmbito brasileiro, pode-se citar como um importante exemplo de contribuição ao desenvolvimento sustentável: a Zona Franca de Manaus.

3 ZONA FRANCA DE MANAUS

A Zona Franca de Manaus (ZFM) é uma zona franca da cidade de Manaus, criada pelo Decreto-Lei 288/1967 para impulsionar o desenvolvimento econômico da Amazônia Ocidental e é administrada pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA). Na origem do Modelo Zona franca de Manaus (ZFM), cujo início efetivo se deu em fevereiro de 1967, no bojo da chamada “Operação Amazônia”, deflagrada no governo do Marechal Castello Branco, residia um claro enfoque geopolítico, o da ocupação econômica e demográfica intensiva de uma região tão extensa, a partir da forja de um polo difusor de encadeamentos de produção-demanda-emprego-renda.

Baseado na concessão de incentivos fiscais federais e estaduais à produção empresarial e orientado ao desenvolvimento dos três setores econômicos básicos – Agricultura, Indústria e Serviços, mediante a redução de desvantagens locacionais inerentes à região, o Modelo ZFM se alinhava à concepção em voga de substituição de importações para fortalecimento do mercado interno brasileiro, pela implantação de empresas fabricantes de bens de consumo inéditos ou de produção inexpressiva no Brasil. Neste sentido, o Modelo ZFM permitiu ao Brasil economizar significativo volume de divisas, que, de outro modo, terminaria sendo consumido na importação de bens similares estrangeiros para abastecer as crescentes demandas da emergente classe média nacional.

Neste período, também os incentivos ao setor comercial de produtos estrangeiros em Manaus estimularam o turismo de compras de brasileiros de todas as regiões e promoveram uma intensa circulação de riqueza na sociedade local. Já o setor primário, em que pese alguns sólidos resultados pontuais obtidos na implementação de projetos rurais na região do entorno de Manaus, que abastecem parte do mercado local de frutas, hortaliças e laticínios, representa, ainda hoje, o vetor menos desenvolvido do Modelo.

No que tange à interiorização do Modelo ZFM, a sua legislação reguladora estabeleceu a extensão de alguns de seus benefícios tributários ao território da Amazônia Ocidental (Acre, Amazonas, Rondônia e Roraima) e a criação de Áreas de Livre-Comércio em alguns dos municípios situados em sua faixa de fronteira, no intuito de reduzir as disparidades inter-regionais de custo de vida então experimentadas pelas suas populações, além de estimular as atividades agrícolas, extrativas e agroindustriais nas localidades interioranas, e que beneficiassem insumos tipicamente regionais, de origem vegetal ou animal. A Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), autarquia federal criada em 1967 para gerir o Modelo ZFM como um todo, também recebeu a incumbência, por meio dessa legislação, de administrar os fluxos de mercadorias contempladas por esses incentivos, no âmbito territorial da Amazônia Ocidental e da Área de Livre-Comércio de Macapá e Santana, situada no Amapá, e de aplicar recursos em infraestrutura econômica de apoio à produção (transportes, armazenagem, eletrificação, máquinas e equipamentos, etc.) nesses estados.

Dos três setores acima comentados, o industrial foi, sem dúvida, o que experimentou o maior desenvolvimento, ao longo da história do Modelo ZFM. Isto pode ser compreendido a partir das fases de evolução do Polo Industrial de Manaus (PIM), abaixo sintetizadas.

Na 1ª fase, compreendida entre 1967 e 1990, o mercado brasileiro de bens de consumo duráveis apresentava porte ainda modesto, encontrando-se protegido da competição externa, enquanto que a produção industrial se caracterizava pela intensividade no uso do fator trabalho e pela reduzida produtividade. Nesta fase, a lógica de suporte do PIM foi a da substituição de importações, calcada no privilégio a projetos produtivos que contemplassem índices de nacionalização elevados na aquisição de insumos e na permissão para

compras de bens de consumo estrangeiros somente em Manaus, dentro do limite de cotas individuais ou de casal disponibilizadas para turistas. Este ambiente regulatório refletia o enfrentamento das consequências nefastas das sucessivas crises do petróleo e da explosão da dívida externa brasileiras, obrigando a política econômica federal a contingenciar importações e reduzir a dependência de capitais estrangeiros.

Na 2ª fase, compreendida entre 1990 e os dias atuais, em decorrência da abertura comercial brasileira, aliada à política de estabilização monetária do período 1993/1994, o mercado brasileiro de bens de consumo duráveis se expandiu fortemente, tornando-se acessível às importações em quantidades livres. A indústria incentivada de Manaus, sofrendo as consequências da abrupta competição externa, viu-se obrigada a alterar substancialmente sua função-produção, transitando-a para a intensividade no uso dos fatores capital e tecnologia, promovendo um esforço de modernização cuja velocidade e profundidade dificilmente possuem paralelo na história industrial brasileira recente. Nos primeiros anos da reestruturação do PIM, a quantidade de mão-de-obra direta foi bastante reduzida, mas, por outro lado, a qualidade e as condições dos empregos restantes melhoraram substancialmente, conseguindo um legítimo salto de produtividade. A lógica de suporte do paradigma fabril em Manaus deixou de ser a mera substituição de importações, passando a contemplar as referências de competitividade em nível internacional, em preço, qualidade e serviços, ao tempo em que o perfil fundamental do PIM como espaço de polarização de segmentos industriais high-tech se consolidou.

Neste novo cenário, tornou-se estratégica a implementação de uma política, por parte da SUFRAMA, que integrasse três grandes vetores de ação essenciais:

- 1) o adensamento das cadeias produtivas dos bens fabricados com incentivos em Manaus, por meio de atividades de atração de novos produtores, especialmente estrangeiros, em bases competitivas, viabilizando a formação, em Manaus, de um significativo parque de fabricantes de insumos e componentes que integram as cadeias produtivas dos produtos considerados carros-chefes da produção do PIM (televisores, telefones celulares, motocicletas, DVDs, aparelhos de som, etc.); também integra essa linha de ação os pesados esforços de

promoção e investimento em Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I), capitaneados pela SUFRAMA a partir de 1999, agora inseridos como item regular de sua agenda institucional, e realizados em parceria com instituições de pesquisa locais, públicas e privadas, no sentido de forjar um sólido sistema de C, T & I que suportasse a competitividade da produção empresarial high-tech e que explorasse não somente competências tecnológicas básicas e avançadas já disponíveis na cena internacional, como também fronteiras de inovação;

2) a internacionalização da indústria local, adotando mecanismos de estímulo às exportações (já que o mercado brasileiro deixou de ser o único alvo das indústrias incentivadas de Manaus) e de programas de promoção comercial e de cooperação internacional; e

3) a interiorização dos resultados do desenvolvimento na Amazônia Ocidental, por meio do aproveitamento sustentável de recursos naturais amazônicos e da aplicação dos recursos próprios da SUFRAMA, gerados a partir da arrecadação de sua Taxa de Serviços Administrativos (TSA) em infraestrutura socioeconômica de apoio a projetos produtivos de cunho empresarial ou cooperativo.

A política de incentivos do modelo Zona Franca de Manaus atraiu para o PIM mais de 430 companhias dotadas de marcas conhecidas mundialmente, a exemplo da Coca-Cola, Honda, Gillette, Nokia, Harley Davidson, Siemens, Samsung, dentre outras, todas empresas de alta tecnologia que juntas representaram investimentos estrangeiros acumulados superiores a US\$ 4,0 bilhões. O Polo Industrial de Manaus, agora na qualidade de modelo de produção regional formado por indústrias *high tech*, apresentou nos anos recentes, desempenho pujante, não só em decorrência da dinâmica empresarial e de mercado em si, mas, também, como resultado dos três vetores estratégicos de ação acima referidos.

4 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A ZONA FRANCA DE MANAUS

A economia gomífera no final do século XIX e primeira metade do século XX nitidamente promoveu o crescimento econômico da região amazônica, gerando

divisas consideráveis ao país. Entretanto, a insustentabilidade desse modelo desenvolvimentista se deu por se restringir a sua perspectiva econômica. Não houve qualquer preocupação com o aspecto do desenvolvimento social, baseado na expansão das liberdades humanas, tendo em vista que o sistema social da época (sistema de aviação) contrastava com os ensinamentos de Amartya Sen.

Após o fim da economia da borracha, o retorno econômico à exploração dos recursos florestais de forma totalmente desarticulada e desconsiderada dos planos macroeconômicos do país, não ensejavam qualquer espécie de desenvolvimento, mas simples subsistência humana na região. Em assim sendo e considerando as potencialidades ambientais da região e da pobreza dos seus habitantes, os interesses estrangeiros na internacionalização da Amazônia despertaram no Estado Brasileiro a importância de intervenção na região, o que se deu muito mais por imperativo de segurança nacional que de desenvolvimento social. Ademais, essa soberania do país no ocidente amazônico se pautou exclusivamente na perspectiva econômica, conforme se depreende da nomenclatura da Superintendência de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA) e das suas disposições normativas (que condicionava a aplicação dos recursos garantidos na Constituição de 1946 apenas aos empreendimentos estritamente econômicos).

A Zona Franca de Manaus também emergiu com nítido compromisso de crescimento econômico da Amazônia Ocidental, conforme se depreende do art. 1º, do Decreto-Lei n.º 288/67, que indica como finalidade a criação de um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas para o desenvolvimento. Nesse momento, a perspectiva do desenvolvimento social era obscura e a preocupação ambiental era muito tímida quando da simples indicação dos fatores locais como ponto a ser considerado na política de incentivos fiscais. Era ineludível a preocupação quase que integral com o desenvolvimento por meio do crescimento econômico.

A SUFRAMA vem desempenhando sua gestão no sentido de interiorizar os benefícios dos incentivos fiscais aos 153 municípios dentro da sua área de atuação, bem como de promover e fomentar ciência, tecnologia e inovação a partir das potencialidades regionais, agregando valor a elas. Para viabilizar essas investidas, a autarquia está realizando parcerias com os Estados e Municípios e

instituições de pesquisa e ensino, fornecendo cooperação técnica ou conferindo valores decorrentes da Taxa de Serviços Administrativos (TAS), desde que os interessados apresentem potencialidades de investimentos em atividade econômica que gere renda permanente no interior da região ou se afine ao turismo local. Nesse mesmo diapasão, foram criadas o Centro de Ciência, Tecnologia e Inovação no Polo Industrial de Manaus (CT-PIM) e o Centro Biotecnologia da Amazônia (CBA).

Quanto à perspectiva do desenvolvimento ambiental da Zona Franca de Manaus, um recente estudo, provindo da atividade fomentadora da SUFRAMA, confirmou a imprescindibilidade do Polo Industrial de Manaus para a preservação da cobertura verde da Amazônia. A pesquisa resultou na obra “Impacto Virtuoso do Polo Industrial de Manaus sobre a proteção da Floresta Amazônica”, desenvolvida por pesquisadores da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Universidade Federal do Pará (UFPA), do Instituto Piatam e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Segundo um de seus pesquisadores e coordenador, José Alberto da Costa (informação verbal), o parque fabril manauara contribuiu para a redução de 70% do desmatamento no Amazonas entre 2000 a 2006 e, até 1997, em aproximadamente 85%. Essa contribuição resultou na preservação de 98% da cobertura vegetal do Estado.

Portanto, denota-se que os incentivos fiscais que compõem a Zona Franca de Manaus não se restringem ao mero crescimento econômico da região, pois a SUFRAMA vem se valendo de parcerias e dos recursos das taxas de serviços administrativos para fomentar e promover pesquisas que aprimorem a tecnologia regional fundada nas potencialidades da floresta, o que responde às críticas de que o modelo seria falho por observar interesses externos e desvinculados dos atributos locais.

Outrossim, há inúmeras condicionantes sociais e ambientais a serem observadas pelas indústrias para gozarem dos incentivos fiscais do Polo Industrial de Manaus sem contar a necessidade delas atentarem para o princípio da reciprocidade, de modo que um percentual dos seus faturamentos devem ser

revertidos, por meio do pagamento de contribuições, a Fundos concernentes à interiorização do desenvolvimento, à realização de pesquisas científicas e tecnológicas e ao turismo. Nesse sentido, a ZFM se apresenta como modelo capaz de desenvolver sustentavelmente a região amazônica ocidental e, conseqüentemente, o Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento equilibrado corresponde ao desenvolvimento sustentável e requer a atuação institucional em cooperação com a sociedade de forma multidimensional, envolvendo a inter-relação entre os segmentos econômicos, sociais, ambientais, políticos, jurídicos, culturais etc. Trata-se de direito fundamental de terceira dimensão e direito humano inalienável.

Um dos instrumentos constitucionalmente previstos para a promoção do desenvolvimento nacional, em conformidade com as desigualdades regionais e sociais e em harmonia com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, consiste na extrafiscalidade tributária, cujo exemplo de sucesso reside na Zona Franca de Manaus.

Esse modelo desenvolvimentista da Amazônia Ocidental, fundamentado em incentivos fiscais condicionados a aspectos sociais e ambientais, inequivocamente ensejou crescimento econômico para o Amazonas. Diferentemente da economia gomífera, a Zona Franca de Manaus vem se adaptando às conjunturas mundiais e sociais e passou a investir em interiorização de seus benefícios, na biotecnologia e na melhoria das condições de vida dos amazônidas. Apesar da presença de fatores a serem aperfeiçoados, são inequívocos os benefícios (expansão das liberdades) gerados pelo modelo, bem como os êxitos ambientais constituídos pela garantia de preservação da Floresta Amazônica na sua área de influência, o que pode (e deve) ser internalizado financeira e tecnologicamente para o PIM.

Por conseguinte, a avaliação da importância da ZFM deixa de perpassar pela renúncia fiscal gerada por seus incentivos ou pelo seu prazo constitucionalmente delimitado, pois o contributo fornecido por ela para a preservação ambiental sem obstar o desenvolvimento econômico e social da

Amazônia transcendem a conotação regional (e até nacional) e alcança o âmbito internacional, o que deve corresponder a divisas ao país.

Pode-se concluir, em vista do exposto, que o modelo desenvolvimentista da Zona Franca de Manaus é imprescindível para o desenvolvimento sustentável não só da região amazônica, mas do Brasil e do mundo.

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política nacional do meio ambiente**: comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Ubiracy e RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Política nacional do meio ambiente. In: IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguene y e RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. (Orgs.). **O direito e o desenvolvimento sustentável**: curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 149-165.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

CHERNI, Judith A. **Economic Growth versus the Environment**: The Politics of Wealth, Health and Air Pollution. Great Britain: Palgrave, 2002.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Wladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUIMARÃES, Roberto P. Desenvolvimento sustentável: da retórica à formulação de políticas públicas. In: BECKER, Bertha K. e MIRANDA, Mariana (Orgs.). **A geografia política do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997, p. 13-44.

GROSSO, Flávia Skrobot Barbosa. **O Modelo Zona Franca de Manaus e o Desenvolvimento Sustentável na Amazônia**. Disponível em: <[http://file:///C:/Users/user/Downloads/EP0114%20\(1\).pdf](http://file:///C:/Users/user/Downloads/EP0114%20(1).pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira; MOTTA, Ana Beatriz Passos. A construção do desenvolvimento sustentável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3399, 21 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22847>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

MARQUES, Jose Roberto. **O Desenvolvimento Sustentável e sua Interpretação Jurídica**. São Paulo: PUC, 2009. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica, 2009. p. 125, Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/> >. Acesso em: 05 ago. 2015.

MINORI, Alan Fernandes; COUTINHO, Ana Luísa Celino **Desenvolvimento Sustentável e Intervenção Estatal na Ordem Econômica: Uma Análise do Modelo da Zona Franca de Manaus**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. **Qualidade e gestão ambiental**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. **Economia ambiental**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

MUELLER, Charles C. **Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente**. Brasília: Finatec, 2007.

PEREIRA, Deusamir. **Amazônia insustentável: Zona Franca de Manaus: estudo e análise**. Manaus: Valer, 2006. p. 97.

ROCHA, Ernesto dos Santos Chaves da. Os incentivos do ICMS na zona franca de Manaus. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Tributação na zona franca de Manaus: comemoração aos 40 anos da ZFM**. São Paulo: MP. 2008. p. 95-120.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SALAZAR, Admilton Pinheiro. **Amazônia: globalização e sustentabilidade**. 2. ed. Manaus: Valer, 2006.

SANCHEZ, Luiz Enrique. **Avaliação ambiental estratégica e sua aplicação no Brasil**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

SANSON, Alexandre. **O princípio do desenvolvimento sustentável como limitação do poder econômico**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2839/O-principio-do-desenvolvimento-sustentavel-como-limitacao-do-poder-economico>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; Ferrarezi, Elisabete. (Org.). **Políticas públicas**. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 21-42.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

ANÁLISE DAS FINANÇAS PÚBLICAS DA REGIÃO SUL DO BRASIL: UMA ABORDAGEM SOBRE OS INVESTIMENTOS E INVERSÕES FINANCEIRAS: 1995 -2008¹

AN ANALYSIS OF PUBLIC FINANCES IN SOUTHERN BRAZIL: A STUDY ON INVESTMENTS AND FINANCIAL INVERSIONS (1995-2008)

Ewerson Gonçalves Zadra Pacheco²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo, demonstrar a evolução das finanças públicas da região sul do Brasil com uma abordagem específica sobre os investimentos e inversões financeiras no período de 1995 a 2008. Verificando assim a eficiência da administração quanto à captação e alocação dos recursos nessas determinadas áreas. Para respaldar os resultados observados, utiliza-se a concepção teórica do setor público, ou seja, conceitos teóricos sobre os gastos públicos e as despesas públicas, uma vez que em meados do século XX, a maneira do governo intervir na economia sofreu modificações. Considerando os resultados, a região sul do Brasil demonstrou nos últimos dois períodos de governos pouca destinação de recursos para as áreas determinadas no estudo.

Palavras-chave: Finanças públicas. Gasto público. Eficiência.

Abstract

This study aims to demonstrate the evolution of public finances of southern Brazil with a specific approach on financial investments and investments from 1995 to 2008 so Checking the efficiency of the administration regarding the collection and allocation of resources in these certain areas. To support the observed results, we use the theoretical conception of the public sector, that is, theoretical concepts on public spending and public spending since the mid-twentieth century, the government's way intervene in the economy was modified. Considering the results, the southern region of Brazil has shown in the last two periods of little governments allocate resources to certain areas in the study.

Keywords: Public finance. Public spending. Efficiency.

Sumário: 1. Introdução. 2. Procedimentos metodológicos. 2.1. Método. 2.2. Quanto aos objetivos da pesquisa. 2.3. Quanto aos procedimentos adotados. 2.3.1. Indicadores de Avaliação Financeira e Performance. 2.4 Quanto as técnicas de análise de dados. 3. Revisão de literatura. 3.1. Gastos públicos e os modelos teóricos. 3.2. Despesas

¹ Artigo submetido em 21/04/2015, pareceres de aprovação em 25/05/2015, 08/06/2015 e 26/06/2015, aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2012). Especialização em Auditoria e Perícia Financeira Pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2014). Professor Universitário em Castro PR no Instituto Educacional de Castro INEC e na Faculdade Santa Amélia - SECAL em Ponta Grossa - PR ministrando as disciplinas de Introdução a Economia, Matemática Financeira e Mercado de Capitais E-mail: <ewersonz@yahoo.com.br>.

governamentais: descrição. 4. Receitas públicas. 5. Caracterização das receitas e a LRF. 5.1. Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). 6. Análise dos Resultados. 6.1 Indicadores de avaliação financeira e performance: despesas. 7 Considerações finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A delimitação do perfil das finanças públicas de um estado ou região, traz em sua essência a possibilidade de investigar a ação pública como agente econômico, inserido em processo contínuo e constante de definição de limite operacionais, que ora se aproxima dos ajustes praticados pelo mercado e ora se afasta dessa vertente. Inequivocamente, o que deveria estar no centro do debate, é potencial de realização dos objetivos propostos pelos gestores.

Nós últimos séculos, a visão do estado quanto aos mecanismos de intervenção na economia, explicitados a partir de 1931 com o presidente norte americano Franklin D. Roosevelt, com proposta de ação do governo para alavancar o crescimento econômico, através do conhecido New Deal, alicerçou-se nas bases de grandes dispêndios públicos em obras públicas.

A partir disso os países iniciam uma nova concepção sobre como os governos podem atuar na economia, contrapondo as teorias Adam Smith (1996) e Ricardo (1982) que atrelavam a eficiência da economia, o equilíbrio, a não intervenção do governo, cuja “mão invisível”, na concepção de Adam Smith (1996), conduziria a economia de maneira sustentável.

Todavia Marshall (1982), afirmava que era necessária a intervenção do governo na economia como forma de controlar e evitar o aparecimento de monopólios e oligopólios, visto que essas estruturas de mercado favoreceriam uma pequena parcela da população, levando a economia incorrer em concentrações de rendas. Keynes (1985), por sua vez, argumentava que o governo deveria agir de maneira não diferente do pensamento de Marshall (1982), pois segundo o mesmo o princípio do *laissez-faire*, onde com cada indivíduo buscando maximizar seus objetivos únicos, não atenderia a demanda coletiva, forçando o governo a conduzir a economia para o que se convencionalmente se chama o estado do bem estar social.

As teorias evidenciam a necessidade de uma interferência maior do estado na economia, contudo nos últimos anos os países centrais, como por exemplo, os países europeus, o Japão e os Estados Unidos, passaram a defender o “estado do bem-estar social”, cuja ação econômica nas ultimas décadas gerou uma elevação bastante considerável dos gastos públicos, ocasionando problemas de liquidez nas finanças públicas.

No caso brasileiro, além do conhecido aumento dos gastos públicos, o debate caminha na direção do questionamento sobre a eficiência ou não dos serviços prestados pelo governo, revestindo de importância a investigação sobre a busca o conhecimento e o estabelecimento de propostas de alocação eficiente do dinheiro público.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

2.1 Método

No intuito de apresentar os métodos utilizados no presente trabalho, apresenta-se uma descrição da metodologia utilizada. Segundo Munhoz (1989), a metodologia é antes uma definição de critérios de caráter subjetivo sobre o como fazer, e não o simples preenchimento de um eventual pré-requisito meramente formal para a materialização da pesquisa.

Nesta pesquisa foi utilizado o método objetivo que, segundo Munhoz (1989), fundamenta a análise em evidências em relação com o que foi pesquisado. Preocupa-se em atrair a atenção para fenômenos concretos com uma investigação atrelada á dados da realidade observada.

2.2 Quanto aos objetivos da pesquisa

Analisar o gasto público e a receita pública da região sul do Brasil dando ênfase aos investimentos e inversões financeiras no período de 1995 a 2008. Permitindo assim traçar um perfil das finanças públicas da região, posterior a isso

identificar e caracterizar as receitas e as despesas com investimentos e inversões financeiras construindo indicadores e avaliando resultados.

2.3 Quanto aos procedimentos adotados

2.3.1 Indicadores de Avaliação Financeira e Performance:

Os procedimentos adotados na metodologia foi o indicador de despesas com investimentos sobre as despesas totais, mostra o quanto das despesas totais é destinado para os investimentos, tais como, saneamento básico, construções de escolas, estradas, hospitais, utensílios para a segurança pública, etc. Para o cálculo desse indicador utiliza-se a formula 01, sendo ($I_{D.Inv.}$) o indicador, ($D.I$) as despesas com investimentos em valores monetários e ($D.T$) as despesas totais em valores monetários.

$$I_{D.Inv.} = \frac{D.I}{D.T} \quad (01)$$

2.4 Quanto as técnicas de análise de dados

Foram construídos indicadores, que possibilitem uma análise mais consistente sobre a situação das finanças públicas da esfera de governo deste estudo. Os indicadores levam em consideração três metodologias: indicadores de ajuste fiscal, indicadores da Lei de Responsabilidade Fiscal e indicadores de avaliação financeira de performance.

3 REVISÃO DE LITERATURA

3.1 GASTOS PÚBLICOS E OS MODELOS TEÓRICOS

Os gastos públicos têm como principal função promover o estado de bem estar social de uma região, através da prestação de serviços públicos básicos e também pelos investimentos realizados em todas as esferas governamentais seja elas federais, estaduais ou municipais. Na visão de Riani (2009, p.53).

Podemos definir separadamente gastos públicos e gastos governamentais. Em resumo os gastos governamentais compõem as despesas efetuadas pelas unidades que fazem parte da administração governamental direta, composta por órgãos ligados diretamente ao poder central, federal, estadual ou municipal, tais como, ministérios, secretarias, autarquias e fundações.

Já os gastos públicos referem-se à soma dos gastos governamentais mais os investimentos na atividade produtiva do governo, ou seja, são os gastos com as estatais para a produção e venda de bens e serviços à população, sendo esses financiados pela venda dos bens e serviços produzidos.

Com base em Riani (2009, p. 54), os gastos governamentais, diretos e indiretos seguem três formas básicas de composição: as despesas agregadas, que possibilitam uma avaliação macroeconômica das contas públicas, as transferências de assistência e previdência e os juros da dívida pública interna.

Evidencia-se que os gastos públicos vêm aumentando e com o passar dos anos isso tem se agravado, tornando necessário um planejamento eficaz e a adoção de políticas específicas para assim melhor distribuir os recursos destinados a prestação de serviços públicos. Na tabela 1, na qual está explanado a evolução dos gastos públicos com o PIB de cada país, mesmo nos países centrais, com maior preocupação com a implementação do estado de bem estar social, existe uma preocupação com a busca de uma alocação mais eficiente.

TABELA 1 - CRESCIMENTO DOS GASTOS PÚBLICOS EM RELAÇÃO AO PIB

Países por ordem de gasto e anos selecionados – Percentuais					
Classificação	Países	Anos		Δ (%)	
		1960	1996		
1°	Itália	30,10	52,90	76	
2°	Canadá	28,60	44,70	56	
3°	Reino Unido	32,20	41,90	30	
4°	Alemanha	32,40	49,00	51	
5°	Estados Unidos	27,00	33,30	23	
6°	França	34,60	54,50	58	
7°	Japão	17,50	36,20	17	
	Média simples	28,91	44,54	57	

Fonte: Banco Mundial. Economia do Setor Público, Riani F. 5. ed. 2009, p. 57.

O gráfico 01 denota a evolução gradativa dos gastos públicos em países considerados desenvolvidos, evidenciando um aumento substancial, colocando em risco a saúde das finanças públicas dos países analisados.

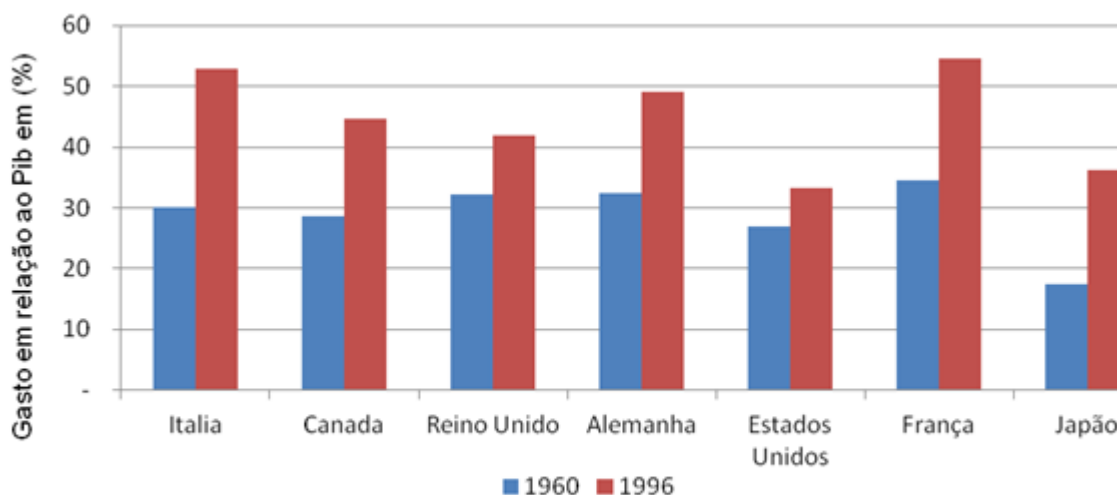


GRÁFICO 01 – Evolução dos gastos públicos entre os anos de 1960 e 1996, em (%)

Os modelos macro e microeconômicos que permitem uma melhor visualização do crescimento e do comportamento gastos públicos ao longo dos tempos, os modelos macroeconômicos analisam os gastos públicos através do tempo e de variáveis agregadas como o produto interno bruto (PIB), entre eles têm-se:

A Lei de Wagner, desenvolvida por Adolph Wagner (1958) baseada em observações empíricas em países como a Alemanha, os Estados Unidos e o Japão de que os gastos públicos cresciam mais que o PIB, nas palavras de RIANI (2009, p.59):

(...) o crescimento das atividades do governo era uma consequência natural do progresso social. Com isso, seria também inevitável o crescimento dos gastos públicos (...) Baseado em observações empíricas, mostrou que, quando a produção per capita aumentava, as atividades do estado e seus gastos aumentavam e proporções maiores do que o produto. (RIANI F., 2009, p. 59).

Sendo que para tal afirmação, Wagner (1958) se baseou em três argumentos que referem a expansão das atividades do estado em relação à administração e segurança, devido à substituição das atividades privadas pelas públicas junto com o crescimento populacional, o urbanismo e a divisão do trabalho,

causados pela industrialização, que se constituem em fatores preponderantes para uma maior participação do estado na economia, ocasionando o aumento dos gastos público. Outro fator destacado no modelo de Wagner (1958) é o aspecto cultural e do bem-estar, pois quando a renda real se eleva a demanda por educação, saúde, lazer e outros serviços relacionados ao bem-estar aumentam mais que a renda, e nesses casos os bens são classificados como bens superiores ou elásticos exigindo um maior dispêndio do estado para o custeio desses serviços. Outra observação considera que as mudanças tecnológicas e de escala crescente de investimentos, obrigariam o governo a intervir na economia como função estabilizadora, visto que o cenário econômico proporcionava o aparecimento de monopólios.

Já Musgrave (1969) Rostow (1974) e Herber (1979) analisam o crescimento dos gastos públicos através dos estágios de crescimento. Musgrave (1969) descreve que, o setor público tem fundamental importância para início do desenvolvimento econômico do país, através de investimentos em áreas básicas como saúde, educação e infra - estrutura.

Rostow (1974) por sua vez, explica que os gastos públicos podem se elevar nos últimos estágios de desenvolvimento devido ao fato de que as necessidades de serviços públicos como educação, segurança e lazer tendem a aumentar mais que proporcionalmente ao do que os gastos com infra-estrutura.

Herber (1979) trata o gasto público muito similar a forma de Musgrave (1969) e Rostow (1974), contudo representa um estágio de desenvolvimento econômico e social de um país através dos períodos de industrialização.

No período de 1890 e 1955 Peacock e Wiseman (1967), analisaram os gastos públicos do Reino Unido e estabeleceram duas preposições básicas: A primeira de relacionar os valores per capita dos gastos totais com o PIB e analisar os gastos em épocas de distúrbios sociais. Em suas análises concluíram que os gastos públicos cresciam relativamente mais que o produto, e que as duas guerras mundiais ocasionaram mudanças nos gastos públicos naquele país. Essa alteração foi denominada por eles como efeito deslocamento, ocorrido também na crise de 1929, iniciada nos Estados Unidos.

Os modelos microeconômicos denotam fatores que determinam e influenciam a produção e a oferta dos serviços públicos, sendo que tentam explicar o

caminho dos gastos públicos e as causas de seu crescimento, não existindo preocupação com o equilíbrio orçamentário e com a eficiência da oferta pública, apoiando-se em preposições simples e usando análises estatísticas comparativas.

O governo oferta bens e serviços à população de modo compatível a sua demanda, todavia a demanda de um bem qualquer oferecido pelo governo pode se alterar de maneira diferenciada o que, conseqüentemente, eleva o gasto do público.

O crescimento da população e sua faixa etária também são motivos para o aumento dos gastos públicos. Com o aumento da população a demanda por bens como saúde e educação entre outros, irá aumentar. Caso haja predominância de pessoas com idade avançada, à demanda por asilos também irá aumentar e isso ocorre devido às características do país na estratificação etária. Já se a população jovem cresce conseqüentemente a demanda passar a ser por creches e escolas.

Segundo Riani (2009 p. 72) em geral esses métodos e observações empíricas, mostram que o crescimento dos gastos públicos através de várias razões apontadas pelos autores, não são eficazes ao ponto de estabelecer uma maneira em que se possa reduzir, manter ou até mesmo aumentar os níveis de gastos públicos sem haja um déficit nas contas do governo e a perda de estado de bem estar da população.

3.2 Despesas governamentais: descrição

As despesas governamentais somam-se os gastos com as prestações de serviços e também com os repasses de verbas para outras unidades. Teoricamente, há uma divisão dos gastos em correntes e de capital e de maneira simplificada trata-se o primeiro como sendo os gastos necessários para a manutenção e ao funcionamento da máquina pública e o segundo como relacionado aos investimentos do governo.

As despesas correntes representam os gastos fixos do governo, relacionados a esse tipo de gasto estão os com pessoal e encargos sociais, como por exemplo, os militares, dos inativos, dos pensionistas, civis, os gastos com material de consumo e outras diversas despesas com custeio na máquina pública.

Outro tipo de gasto atrelado às despesas correntes são as transferências correntes que englobam inúmeras formas de repasses de verbas para uma unidade de governo.

As transferências intragovernamentais significam a alocação de recursos entre unidades do mesmo nível, ou seja, uma forma de cobrir o déficit de uma instituição pública com relação a suas despesas. As transferências intergovernamentais representam uma maneira encontrada pelas empresas públicas de caráter industrial, comercial ou agrícola, deterem liquidez através do compartilhamento de tributos, como o ICMS, o IPVA, o IPI, do governo federal. Já às transferências a pessoas, mostram o quanto o governo tem de dispêndio com inativos, pensionistas e programas sociais, e por fim, as transferências de recursos para os encargos da dívida pública, ou seja, o pagamento de juros pago pelos tributos captados da população.

Agora, com relação às despesas de capital, podem ser definidos com sendo os recursos destinados aos investimentos do governo, como construções de escolas, hospitais, asilos, creches, pontes, estradas, etc.

O último gasto de capital é feito com as amortizações de empréstimos internos e externos realizados pelos governos, no intuito da eliminação ou redução da dívida e conseqüentemente no futuro ter um dispêndio menor com encargos da dívida.

Realizada as especificações das despesas, por fim faz-se notar que quanto mais os recursos disponíveis e do governo estiverem atrelados a seus gastos, as despesas correntes, menor será a capacidade do mesmo em realizar investimentos nas áreas de educação, saúde, segurança, infraestrutura (estradas, portos, ferrovias e etc), uma vez que os recursos estarão sendo alocados com os pagamentos de pessoal e de juros da dívida, contraídas em determinado período.

4 RECEITAS PÚBLICAS

Relacionada com o potencial de intervenção do governo na economia, ou seja, na intenção de promover e controlar serviços prestados a população como saúde, educação, saneamento básico e etc. O governo utiliza-se de quatro meios

para arrecadar recursos sendo a emissão de títulos públicos, os empréstimos bancários, a emissão de moeda e a tributação, sendo que cada uma dessas maneiras geram consequências diversas.

Para Riani (2009 p 105) a emissão de títulos causa o endividamento do país e neste caso se refere à dívida interna, gerada devido aos juros elevados pagos pelo país, uma vez que os juros são utilizados para remunerar os investidores dos títulos públicos. Quando o governo utiliza-se da tributação, com isso tem a possibilidade de controlar a renda da população, visto que pode aumentar ou diminuir a incidência da tributação sobre o cidadão e, conseqüentemente, aumentando ou diminuindo a renda disponível ajustada em função dos propósitos da política econômica.

Riani (2009, p.120) exalta que a obtenção de receitas para o financiamento dos serviços públicos, o indivíduo deve ser taxado conforme sua habilidade de pagamento²³, sendo que os tributos devem ser universais e a tributação não deve influenciar o mercado, a fim de não torná-lo mais ineficiente.

O mecanismo da tributação, associado às políticas orçamentárias, intervém diretamente na alocação de recursos, e sua distribuição na sociedade pode, também, reduzir as desigualdades na riqueza, na renda e no consumo". A tributação é um instrumento pelo qual os indivíduos tentam obter recursos coletivamente para satisfazer as necessidades específicas da sociedade que normalmente requerem volumosos montantes de recursos que são impossíveis de serem financiados individualmente. (RIANI F., 2009, p. 120).

A tributação divide-se em categorias, afetando vários setores da economia, pode-se incidir sobre a renda dos indivíduos, as propriedades, a riqueza, os lucros empresariais, os salários e a produção e consumo de bens e serviços, a tributação sobre a renda é a maior fonte que o estado utiliza para arrecadar recursos.

A tributação sobre a riqueza é feita com base nos bens de propriedade, nos bens tangíveis e nos bens intangíveis. Contudo nota-se que existe uma separação para a cobrança, como a cobrança das propriedades no Brasil, leva-se o nome de IPTU, já os serviços e bens produzidos e comercializados no mercado comum são tributados de forma indireta, ou seja, o recolhimento do imposto já foi feito pelas empresas, tipo de impostos de leva o nome de ad valorem, como exemplo, o famoso ICMS, esse imposto indireto que se incidem já em sua produção, quando chega ao

mercado consumidor, vem com uma elevação de preço, devido ao imposto já incorporado.

O grau de incidência e a forma de tributar cabem aos governos decidirem, levando em consideração a sua quantidade e a sua forma de tributar, tendo em vista seus objetivos com relação à aplicação desses recursos captados junto à população. A divisão entre tributos diretos e indiretos, que se diferenciam basicamente na forma do governo cobrar da população, os diretos se destacam na cobrança via renda e riqueza dos indivíduos e os indiretos na cobrança do comércio comum na compra de bens e serviços. Cada país, com suas características econômicas adota a melhor forma de tributar, ou seja, os países centrais ou desenvolvidos têm por intuito tributar com maior incidência a renda e riqueza da população, com exemplo, a Suécia que tributa em 50% da renda pessoal anual. Já em países subdesenvolvidos, como o Brasil a característica principal é de tributar de forma indireta, maneira pelo qual penaliza a população menos favorecida, pois as alíquotas de alimentos, por exemplo não diferencia as pessoas que possuem maior renda das que possuem menor renda. Assim o governo tem a sua disposição uma maneira de diminuir a desigualdade social.

5 CARACTERIZAÇÃO DAS RECEIRAS E A LRF

Similar às características das despesas públicas, as receitas públicas tem as mesmas separações. Receitas correntes significam basicamente os recursos captados através dos tributos, já as receitas de capital provem de empréstimos realizados pelo governo e também pela venda de ativos, como títulos públicos.

As receitas correntes recolhem recursos através de impostos cobrados por todas as esferas do governo. Na união tem – se os impostos sobre importações e exportações, território rural, produtos industrializados, crédito, câmbio, seguros e sobre grandes fortunas. Os estados cobram os seguintes impostos, sobre propriedade veicular (IPVA), transmissão por causa de morte ou doação (herança), sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços e transportes (ICMS). Os municípios por sua vez, se utilizam dos seguintes impostos predial ou territorial (IPTU), serviços e transportes. Além dos impostos, existem receitas advindas de

contribuições como de aposentadoria, exploração de recursos minerais etc. Não suficiente para custear a máquina pública os impostos se dispersam para áreas como patrimonial, que auferem impostos sobre receitas imobiliárias, aluguéis e dividendos, também sobre a indústria, serviços hospitalares, comerciais e agrícolas.

Outra forma de obter receita é através das transferências correntes. A transferência intragovernamental, são os recursos adquiridos das secretarias, e a intergovernamental são os recursos captados através dos estados e municípios que repassam as verbas a união, como exemplo, parte do ICMS e do IPVA, também por meio de convênios, como o feito com a Petrobras, quando a união consegue obter receitas, ou seja, parte de seus lucros são enviados para o governo federal. As multas feitas pelas polícias federais, civis e militares também tem uma parcela de sua rentabilidade destinada ao governo federal.

Já as receitas de capital que provem de empréstimos, ou operações de crédito obtidos do exterior ou internamente. Outra forma de obter receitas de capital é através de alienação de bens (ações, títulos, imóveis), contudo como a oferta desses tipos de bens é limitada, a obtenção de recurso tem seu potencial reduzido. Indenizações também são uma forma de captar recursos, porém não constante e de quantidade reduzida. O governo também faz transferências aos estados na forma que possam aumentar suas despesas de capital, ou seja, aumentar seus investimentos.

Após ver as especificações das receitas correntes e de capital, fica claro que quanto mais o país obtiver receitas provenientes de empréstimos, alienações de bens, sendo ela de receitas de capital, maior será o endividamento do país. Contudo se o governo utiliza-se da tributação como maneira principal recolhimento de recursos, e a forma escolhida de tributar for à indireta, a população de potencial de renda reduzido será penalizada, pois as alíquotas de alimentos, por exemplo, não diferencia quem possui maior renda das pessoas que dispõe de uma renda inferior.

5.1 Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) foi criada no ano 2000 com o objetivo de prevenir riscos e corrigir possíveis desvios capazes de afetar as finanças

públicas, através da transparência e responsabilização dos atuais governantes. Com isso, o planejamento e o controle das finanças públicas ganha extrema atenção para que sejam executados de forma que maximizem a utilização dos recursos dispostos.

A criação de uma série de procedimentos fiscais e orçamentários, como forma de padronização da apresentação das contas públicas, facilitando uma análise, a criação de formas de conter os desperdícios. A Lei de Responsabilidade Fiscal procurou relacionar os gastos com pessoal e os estoques da dívida pública, os gastos com pessoal atrelou-se as receitas correntes líquidas de acordo com os níveis e poderes, ou seja, a divisão municipal, estadual e federal quanto aos gastos com pessoal.

No nível municipal a alíquota máxima é de 60% de recursos destinados para esse fim sendo que 54% são utilizados pelo executivo e 6% pelo legislativo. Já para o nível estadual, a fixação é também de 60%, com a divisão de 49% a ser utilizado pelo executivo, 6% pelo judiciário, 3% para o legislativo e 2% para o ministério público. Com o poder federal alíquota fixada é de 50% e sua distribuição se dá na forma que 40,9% destinados ao poder executivo, 6% ao judiciário, 2,5% para o legislativo e 0,6 para o ministério público.

6 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Nessa seção buscar – se - a caracterizar o desempenho financeiro da região sul do Brasil. Nesse sentido, torna-se necessário estabelecer uma estrutura dividida em setores, ou seja, indicadores de avaliação financeira e performance de despesas e receitas, os indicadores de ajuste fiscal e os indicadores de dívida pública.

6.1 Indicadores de avaliação financeira e performance: despesas

Para a análise das despesas foram feitas considerações as divisões entre, os investimentos e as inversões financeiras comparadas as despesas totais dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul juntamente com os encargos da dívida comparados as despesas totais e as amortizações das dívidas publicas em relação às despesas totais.

Para o cálculo do indicador de investimentos e inversões financeiras dividido pelas despesas totais de cada estado, denota o quanto dos recursos estão sendo destinados aos diversos investimentos, como aquisições de bens por exemplo.

O estado do Paraná apresentou ao longo do período de pesquisa uma queda ano a ano na destinação de recursos com essa finalidade. Como pode ser observado na tabela 02, no ano de 1995 o índice foi de 0,14 para os recursos totais destinados aos investimentos e inversões financeiras, já em 2008 ano que tem o segundo menor índice, obtemos o índice de 0,05 do dispêndio com investimento do total de recursos do estado paranaense. Contudo a pesquisa também notou que entre 1999 e 2000 houve uma variação diferente dos demais índices, 1999 registrou o índice de 0,52, aumento esse que pode ser explicado pelo polo automotivo de São José dos Pinhais e já 2000 novamente uma queda no índice, registrando 0,05, ou seja, uma crescente muito alta junto a uma queda brusca nos investimentos e inversões financeiras.

TABELA 02 - DESPESAS COM INVESTIMENTO & INVERSÕES FINANCEIRAS DIVIDIDO PELA DESPESA TOTAL

Finanças Públicas do Estado de Santa Catarina			
Período	D. com Invest. & Inver. Financeiras. - R\$	D. Totais - R\$	Índice
1995	475.705.328	3.458.682.810	0,1375
1996	743.461.243	4.552.585.071	0,1633
1997	1.240.004.630	5.637.688.988	0,2199
1998	2.905.596.489	8.346.201.105	0,3481
1999	5.822.226.955	11.218.392.080	0,5190
2000	527.831.467	9.752.795.011	0,0541
2001	714.257.438	8.992.012.832	0,0794
2002	859.814.759	9.829.166.437	0,0875
2003	768.901.129	10.803.631.430	0,0712
2004	866.178.534	11.885.322.392	0,0729
2005	1.097.783.603	13.548.707.806	0,0810
2006	1.393.424.728	14.979.764.489	0,0930
2007	791.629.364	15.954.413.874	0,0496
2008	982.648.772	18.329.104.075	0,0536

Fonte: Tesouro Nacional

Já o estado de Santa Catarina como demonstrado na tabela 03 apresentou até o ano de 2000 uma trajetória com leve alta das despesas com investimentos e inversões, mas foi a partir de 1999 onde o índice passou de 0,10 para 0,18. Aumento esse que pode ser justificado devido às operações de integralização das ações do banco do estado de Santa Catarina – BESC.

**TABELA 03 - DESPESAS COM INVESTIMENTO & INVERSÕES
FINANCEIRAS DIVIDIDO PELA DESPESA TOTAL**

Finanças Públicas do Estado de Santa Catarina			
Período	D. com Invest. & Inver. Financeiras. - R\$	D. Totais - R\$	Índice
1995	76.296.143	2.618.310.865	0,029
1996	359.410.526	3.994.401.200	0,090
1997	258.762.081	4.152.006.661	0,062
1998	256.025.498	3.536.119.491	0,072
1999	380.090.796	3.801.908.492	0,100
2000	1.011.731.088	5.599.084.118	0,181
2001	309.750.873	4.959.632.598	0,062
2002	1.454.497.776	7.190.840.785	0,202
2003	562.821.631	7.063.866.303	0,080
2004	535.780.930	7.671.102.405	0,070
2005	736.976.857	8.957.984.916	0,082
2006	648.605.989	7.884.881.961	0,082
2007	609.181.410	8.876.009.400	0,069
2008	987.882.138	10.584.693.344	0,093

Fonte: Tesouro Nacional

Quando trata - se do caso específico do Rio Grande do Sul e analisando a tabela 04, verifica-se que houve um aumento gradual nas despesas com investimentos e inversões financeiras no período que compreende os anos de 1995 a 1998, sendo que no biênio 1997/1998 o índice merece destaque, pois passou de 0,148 para 0,261 em 1998. O aumento dos investimentos e inversões em 1999 pode ser justificado pela participação do governo nas duas montadoras de automóveis a General Motors e a Ford, cujo estado “associou-se” as mesmas numa tentativa de ampliar a produção de veículos, o governo do Rio Grande do Sul se comprometeu a realizar investimentos na ordem de US\$ 130 milhões para a instalação da GM em

Gravataí. De resultado, a General Motors concluiu a instalação da fábrica, mas a Ford, ao ter negado uma contrapartida financeira do estado, mudou os planos e instalou a planta no estado da Bahia, no polo de Camaçari.

**TABELA 04 - DESPESAS COM INVESTIMENTO & INVERSÕES
FINANCEIRAS DIVIDIDO PELA DESPESA TOTAL**

Finanças Públicas do Estado do Rio Grande do Sul			
Período	D. com Invest. & Inver. Financeiras. - R\$	D. Totais - R\$	Índice
1995	318.129.730	6.554.591.324	0,049
1996	803.516.568	8.435.058.869	0,095
1997	1.424.487.396	9.652.771.365	0,148
1998	3.362.172.894	12.882.785.761	0,261
1999	4.193.141.000	8.913.434.566	0,470
2000	715.391.580	10.206.106.810	0,070
2001	567.577.671	11.394.243.432	0,050
2002	445.344.230	12.619.638.515	0,035
2003	772.194.145	14.227.398.174	0,054
2004	658.226.742	15.391.164.235	0,043
2005	615.366.901	17.574.857.157	0,035
2006	664.375.415	19.001.474.589	0,035
2007	400.542.319	20.216.157.810	0,020
2008	660.801.121	24.000.074.231	0,028

Fonte: Tesouro Nacional

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os diagnósticos elaborados com a utilização da metodologia dos indicadores de avaliação financeira e performance para a análise do perfil das contas de investimentos e inversões financeiras da região sul do Brasil, englobando os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul permitem uma contextualização dessas contas em específico.

No caso específico do estado do Paraná verificamos que houve pouca alocação desses recursos. uma das tendências verificadas foi que nos últimos períodos de governo, os investimentos e inversões financeiras se reduziram ano

após ano. Esse fato pode ter gerado externalidades negativas, como por exemplo, a não reposição da frota de ambulâncias e viaturas de polícia, a falta de equipamentos hospitalares e em outros ambientes públicos.

No mesmo sentido do estado do Paraná, o estado de Santa Catarina pode – se verificar uma redução nos níveis de investimentos no estado colocando a prova o melhor desempenho dos serviços públicos prestados a população.

O estado do Rio Grande do Sul seguindo os demais estados que compõe a região sul do Brasil também acaba por deixar os investimentos, as inversões financeiras com uma parte pequena dos recursos. Observa-se a tendência dos investimentos e inversões financeiras diminuir ano a ano.

O fato dos três estados que englobam a pesquisa destinar poucos recursos para os investimentos do estado pode ser explicado por grande parte dos recursos estar sendo destinada aos gastos correntes, ou seja, gastos com pagamentos de pessoal ativo e inativo e juros da dívida, ou seja, todas as despesas que configuram-se na manutenção da máquina pública, proposição essa que não pode ser aqui afirmada.

Vale a pena destacar que a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu um norte as finanças públicas, ditando as regras e as metas a serem alcançadas para assim obterem resultados positivos. Com isso acarretou um menor investimento por parte dos governos, com a justificativa dos limites da LRF, optando por políticas neoliberais, deixando os indivíduos a deriva de alguns serviços públicos como exposto anteriormente.

8 REFERÊNCIAS

BAUMOL, W. J. The Macro-Economies of Unbalanced Growth. **American Economic Review**, 57, jun./1967.

HERBER, B. P. **Modern Public Finance**. 4. ed. Homewood: Richard D. Irwin, 1979.

KEYNES, J. M. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda: Inflação e Deflação**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MUSGRAVE, R. A. **Teoria das Finanças Públicas: um estudo de economia governamental**. São Paulo: Atlas, 1973.

MATIAS, P. J. **Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARSHALL, A. **Princípios de Economia: Tratado Introdutório**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MUNHOZ, D. G. **Economia Aplicada Técnicas de Pesquisa e Análise Econômica**. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

PEACOCK, A. T.; WISEMAN, J. **The Growth of Public Expenditure in the United Kingdom**. Londres: George Allen & Unwin, 1967.

RIANI, F. **Economia do Setor Público: uma abordagem introdutória**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

RICARDO, D. A. **Princípios de Economia Política e Tributação**. São Paulo: Atlas, 1982.

ROSTOW, W. W. **Politics and the Stage of Growth**. Cambridge University Press, 1971.

TESOURO NACIONAL. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/exec_orc_estados.xls> Acesso em: 15 jan. 2015.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DOS *CONDITIONAL CASH TRANSFER PROGRAMS*¹

THE EFFECTIVE HUMAN RIGHTS THROUGH THE CONDITIONAL CASH TRANSFER PROGRAMS

Rogério Piccino Braga²

Resumo

Ainda que o caminho a percorrer e que a distância entre o ponto de partida – traduzido na sistemática internacional de proteção aos direitos humanos – e o ponto de chegada da efetivação dos direitos dos cidadãos, sejam longos, faz-se necessário não somente um esforço de raciocínio teórico à materialização dos mecanismos de proteção, mas também, um esforço prático de extirpar a segregação entre os três eixos da proteção internacional dos direitos humanos, a saber, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR), já que comum é o objetivo. O presente artigo busca demonstrar que, apesar de vivermos os progressos conquistados pelo movimento do constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, como muitos denominam, é impossível conceber a inclusão de diversas situações sociais excludentes, sem identificarmos os direitos humanos como política social emancipatória e os chamados conditional cash transfer programs como instrumento de redução da desigualdade.

Palavras-chave: Políticas públicas, inclusão social, direitos humanos

Abstract

Although the way to go and that the distance between the starting point - translated into the international system of human rights protection - and the arrival point for the realization of the rights of citizens, are long, it is necessary not only an effort to theoretical reasoning to the materialization of protection mechanisms, but also a practical effort to uproot segregation between the three pillars of the international protection of human rights, namely the International human Rights Law (IHRL), International humanitarian Law (IHL) and International Refugee Law (DIR), as is the common goal. This article seeks to demonstrate that, although we live the progress achieved by the movement of contemporary constitutionalism, neoconstitutionalism or, as many call it, is impossible to conceive the inclusion of

¹ Artigo recebido em: 18/06/2015. Pareceres emitidos em 19/05/2015 e 08/06/2015. Aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Advogado, doutorando e mestre em Direito na área de concentração em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela ITE/Bauru, pós-graduado (especialização) em Direito Municipal, presidente da Comissão de Assuntos Municipais da 20ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Jaú-SP. Foi assessor jurídico (2009) e diretor jurídico (2011/2012) da Câmara Municipal de Jaú. Autor do livro *Direito Fundamental à Inimputabilidade Penal* (2015) e *Relações de Sujeição Especial no Direito Municipal* (2013). E-mail: <rogeriobraga@adv.oabsp.org.br>.

various exclusionary social situations without identifying human rights as an emancipatory social policy and so-called conditional cash transfer programs as a tool for reducing inequality.

Keywords: Public policies. Social inclusion. Human rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. A proteção internacional dos direitos humanos. 3. As Ações Afirmativas no contexto normativo brasileiro atual. 4. Os conditional cash transfer programs e a efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Por razões de amplitude cultural, costumeira e até mesmo, por vezes, razões massificadas na experiência que cada indivíduo abarca no decorrer da própria existência, é que se constrói uma sociedade com moldes céticos, dispersos e distantes de instrumentos – sejam estes jurídicos ou não – necessários à solução de conflitos internacionais, cujo endereço de destino consequencial é o ordenamento constitucional de cada Nação. Com frequência e de forma não detida, viramos as páginas que noticiam atos violadores da ordem internacional de proteção aos direitos humanos, entendendo não nos pertencer as consequências e olvidando do fato de sermos titulares e destinatários de direitos. Inicia-se assim, a crise da efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Se, por um lado, as grandes potências mundiais de desenvolvimento econômico encampam a tarefa de apresentar – junto aos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos – o diagnóstico originado do rompimento extremo com os comandos de normas do direito internacional, por outro, são as mesmas potências que mostram ao mundo o prognóstico dito ideal para sanar tais violações. Dessa forma, o chamado “momento mais apropriado” às providências é ditado por poucas e persuasivas ideologias, a exemplo da boa vontade norte-americana, autointitulada salvaguarda do hemisfério norte ao hemisfério sul.

Não é por menos que a sensação de impunidade e a de imunidade caminham juntas, quando o assunto é a não efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. E isso se dá não apenas pela linha de análise doutrinária – conceitual – de uma ou de outra esfera de proteção – no caso dos direitos humanos, o âmbito internacional e, no caso dos direitos fundamentais, o âmbito normativo de

proteção do ordenamento jurídico constitucional de cada Estado. Essa sensação conjunta – impunidade e imunidade – se dá, sim, pelo fato de que, enquanto conscientes da distância de uma premissa punitiva e resolutive aos atos praticados por organizações *ad exemplum* o chamado Estado Islâmico e outras da mesma espécie, nos vemos, equivocadamente imunes aos efeitos de suas práticas. A desigualdade que assola o Brasil é – e os cidadãos brasileiros fogem à demonstração dessa realidade – fruto da não efetivação dos direitos fundamentais, fruto da não efetivação dos direitos humanos no cenário internacional.

Perfunctória análise nos bancos acadêmicos, nos leva à rotineira e sabida correlação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Seriam os primeiros a positivação dos segundos no ordenamento constitucional de cada Estado? *A priori* sim, dispensada a doutrina que se baseia no processo que deflagra uns e outros direitos, para afastar a identidade. Filiados à corrente que responde afirmativamente à questão posta, podemos deitar às linhas de nosso estudo, então, o fato de que a falência do sistema internacional de proteção aos direitos humanos surte efeitos, por consequência da identidade conceitual, no sistema interno de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. E esses efeitos são sentidos com maior intensidade na rasa fixação do princípio da desigualdade no Brasil, onde os programas de transferência de renda – *Conditional Cash Programs* – são mal administrados e executados de forma a gerar dependência, a fomentar mais a pobreza que o pobre.

Notadamente, acerca da identidade conceitual que se estabelece entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, bem leciona André de Carvalho Ramos:

A doutrina tende a reconhecer que os direitos humanos servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão 'direitos fundamentais' delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico (RAMOS, 2014, p. 50).

Não é outro, portanto, o aspecto que move a possibilidade de um ato normativo internacional – leia-se, os Tratados – adentrar nosso ordenamento jurídico com a mesma força normativa de um direito fundamental previsto no – ou, outras

vezes não pertencente ao rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988³. De certo que a citada crise na efetivação dos direitos fundamentais, não é de todo atribuída à citada falência dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos. A crise que ora se deposita sobre a efetivação dos direitos fundamentais possui como obstáculo os desafios da sociedade moderna. É dizer, nas palavras de David Sánchez Rubio, que:

Atualmente estamos experimentando processos sociopolíticos e socioeconômicos de transformação e de reestruturação do capitalismo dentro de um contexto de globalização do mundo organizado por diferentes expressões que conferem distintos conteúdos (processo de globalização cultural, militar, econômico, político, etc.). Esta realidade afeta radicalmente o papel, a funcionalidade e o alcance do direito positivo tanto no âmbito interno como em sua relação externa com outras manifestações de poder, de construção de realidade e de criação normativa (fenômeno de pluralidade normativa). Novos atores e novos acontecimentos tanto internacionais, nacionais, como locais reconfiguram as mesmas fontes do direito, tornando-as complexas. O paradigma epistemológico e racional-científico da simplicidade e técnico-formal estatal se mostra carente e insuficiente (RUBIO, 2014, p. 30).

Mas não é de hoje que se aborda o assunto, com enfoque nos desafios da modernidade e da crise das liberdades individuais, ao que temos da obra de Karl Loewenstein, editada pela primeira vez em 1965:

Outro capítulo, y nada feliz, de la historia de los derechos fundamentales está escrito em la actualidad por la democracia constitucional misma. La incentiva para ello há venido de fuera. Tal como querían sus profetas, las ideologias totalitárias del presente se han convertido em verdaderas religiones políticas impulsadas por movimientos organizados de masas bajo la dirección de técnicos de la política, que han crecido em el ambiente de la moderna sociedade tecnológica y están entrenados em la ciência de la psicología de masas. Para imponerse, el nuevo evangelio tendrá que complacer las ansias y los deseos de la massa, adular sus instintos para llegar de esta forma a dominarla (LOEWENSTEIN, 1986, p. 404).

Agora, imagine a situação contrária, onde se faz limitado o alcance do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como no assassinato de prisioneiros pela organização denominada Estado Islâmico. Resta saber quando e se viável seria a intervenção dos Estados Unidos e de que forma ela se daria. Em

³ “Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

que pese, não devemos nos comunicar – por cientistas do direito que buscamos ser – com máximas do cotidiano, como “só existem direitos humanos pra bandido”. Quando recebemos do Estado medicamentos em unidades de atendimento à saúde, quando vacinamos nossos filhos em contraprestação aos tributos recolhidos, ou quando, logramos uma vaga na rede pública de ensino aos mesmos e quando, por derradeiro, nos é dada a sensação de segurança, dá-se o que chamamos de efetivação dos direitos fundamentais, dos direitos humanos positivados em nossa Constituição. Verdade é que, enquanto tratarmos o sufrágio de forma irresponsável, destinado à escolha de representantes que criarão nosso ordenamento jurídico constitucional, continuaremos reféns da falta de efetividade dos direitos previstos na Constituição.

2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Criada em 1948 pela já não existente Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tinha por finalidade, por assim dizer, preparar o campo normativo internacional para o que seria o objetivo final, a saber, um símbolo normativo de proteção aos direitos humanos que vinculasse. O Tratado não viria a se materializar, ante o processo que deflagrara a guerra fria. Passados quase vinte anos, entretanto, o mundo viria a conhecer o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais*. Estávamos diante do que doutrinariamente se convencionou chamar de “Carta Internacional de Direitos Humanos”, ou *International Bill of Rights*, a englobar os três principais diplomas internacionais, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (DUDH), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ambos de 1966 (RAMOS, 2014, p. 147).

Da chamada Carta Internacional de Direitos Humanos, a primeira consequência foi concluir que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais não devem ser operados sem coadunação com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), formando o que se denomina “sistema internacional de proteção aos

direitos humanos”. Com a Carta, também, pode-se dizer que a Organização das Nações Unidas (ONU) solidificou seu objetivo, qual seja, a proteção dos direitos humanos, não afirmado anteriormente, como dito, por conta da guerra fria. A partir de então, a Organização das Nações Unidas dá início à etapa de incentivo à formação do “sistema global de direitos humanos”, por meio da adoção de inúmeros tratados de direitos humanos, com os mais variados temas.

De se consignar, por consequência, que o sistema global de direitos humanos, ou a proteção dos direitos inerentes a todos os seres humanos na esfera internacional possui três sub-ramos, integrantes do Direito Internacional, a saber, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR)” (RAMOS, 2014. p. 143):

A proteção dos direitos essenciais do ser humano no plano internacional recai em três sub-ramos específicos do Direito Internacional Público: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR). Inicialmente, deve-se evitar segregação entre esses três sub-ramos, pois o objetivo é comum: a proteção do ser humano. Com base nesse valor de interação e não segregação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é, sem dúvida, o mais abrangente, atuando o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) em áreas específicas. A inter-relação entre esses ramos é a seguinte: ao DIDH incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais; já o DIH foca na proteção do ser humano na *situação específica* dos conflitos armados (internacionais e não internacionais); finalmente, o DIR age na proteção do *refugiado*, desde a saída do seu local de residência, trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término (RAMOS, 2014, p. 50).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, nos dizeres de Flávia Piovesan (2014, p. 43), ao citar Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 31), “constitui o legado maior da chamada ‘Era dos Direitos’, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo”. E quando falamos em direitos humanos, direitos fundamentais, a igualdade é que nos move no objetivo do texto, em conformidade com o que dispõe o art. 1º da aqui citada Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou seja, que “All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of

brotherhood”⁴. Não é isso que vemos, infelizmente. Presenciamos a discriminação racial, a pobreza, a miséria e o Estado ineficiente no que concerne à efetivação da igualdade, dos direitos fundamentais do cidadão. Ronald Dworkin (1978), citado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 154) na obra *O Direito à Diferença*, afirmara com todas as letras, despido de qualquer receio e de forma mais direta impossível que:

If there are more black lawyers, they will help to provide better legal services to the Black community, and so reduce social tensions. It might well improve the quality of legal education for all students, moreover, to have a greater number of black as classroom discussants of social problems Further, if blacks are seen as successful Law students, then other blacks Who do meet the usual intellectual Standards might be encouraged to apply, and that, in turn, would raise the intellectual quality of them (DWORKIN, 1978, p.227)⁵.

Traduzido seu pensamento, verifica-se que o autor jamais imaginaria ser tão atual a observação trinta e sete anos mais tarde, e curiosamente por aqui, num país homenageado por uma miscigenação tão incrível quanto assustadora é a falta de reconhecimento de suas diferenças socioeconômicas e culturais.

Se considerarmos, por exemplo, que a cultura escravocrata teve fim, ao menos em termos formais, há pouco tempo, e, se aceitarmos que resquícios dessa cultura atravessam gerações até os dias de hoje, veremos que a omissão de políticas públicas inclusivas nos aproxima, e muito, da realidade traçada por Dworkin há mais de três décadas. Mais preocupante que a própria lacuna na produção de tais políticas são os motivos determinantes dela. Muitas vezes mal geridas, ou geridas apartadas da preocupação que as move, as políticas públicas de inclusão não chegam à efetividade. E é exatamente nos motivos determinantes que poderemos encontrar o alicerce necessário ao reconhecimento das diferenças, ao

⁴ Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade (tradução livre). UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

⁵ Se houver mais advogados negros, eles ajudarão a proporcionar melhores serviços para a comunidade negra e, assim, reduzir tensões sociais. Isso poderá até melhorar a qualidade da educação legal para todos os estudantes, ainda mais pelo fato de haver um número maior de negros nas salas de aula, discutindo problemas sociais. Ademais, se os negros forem vistos como estudantes de Direito com sucesso, os outros negros, os quais apresentam esse padrão intelectual, poderiam ser encorajados a dedicar-se para tal e, assim, elevar sua qualidade intelectual (tradução livre).

atendimento das demandas de justiça social e à compensação dos retrocessos praticados por nossos predecessores.

Mais legítimo e viável que traçar objetivos legais de cumprimento de uma agenda afirmativa, em nítida preocupação simbólica com contornos dispostos na gama de diplomas de uma nação, será a análise das Ações Afirmativas vistas pelos olhos dos “direitos humanos como política emancipatória social”. Atentos ao ponto de partida – sim -, mas conscientes de que o foco no ponto de chegada dos direitos humanos se faz imprescindível, é que respectivas Ações serão legitimadas pelos resultados – não apenas pela obediência a um procedimento. Se não partirmos desse raciocínio, nos veremos forçados a imprimir razão aos pensamentos de Thomas Sowell (2004), quando, por meio de seus estudos empíricos, traduzidos no trabalho *Ação Afirmativa ao redor do mundo*, rechaça a efetividade de tais instrumentos com fundamento na alegada frustração nos resultados. Frustração essa, proporcionada pela má condução governamental das políticas públicas voltadas à inclusão, por exemplo, na Índia, na Malásia, no Sri Lanka, na Nigéria e nos Estados Unidos.

Eis aí um ponto de vista a ser combatido. Acostumados ao enfrentamento de iniciativas isoladas, visando sanar, recompensar ou algumas vezes redistribuir injustiças sociais, voltamos nossos olhos a situações excludentes comuns e já conhecidas. Deficiência, cor da pele, diversidade sexual, dentre outras enfrentadas isoladamente. Pauta de nossa análise, porém, deve ser a conjugação, num só indivíduo, de duas ou mais situações socialmente excludentes.

Deficiência e necessidades especiais nem sempre caminham juntas. É certo, todavia, que as necessidades especiais que acompanham determinado indivíduo podem originar-se, sim, de uma deficiência, ou de outras situações atípicas, por assim dizer. E como pontuou Romeu Kazumi Sasaki:

Estas condições podem ser agravadas e/ou resultantes de situações socialmente excludentes (trabalho infantil, prostituição, pobreza ou miséria, desnutrição, saneamento básico precário, abuso sexual, falta de estímulo do ambiente e de escolaridade) (SASSAKI, 2008, p. 84-85).

A título de fundamentação, ousou incluir ao raciocínio do autor citado, o “preconceito” e a “discriminação” que o negro sofre culturalmente, como conceito de

“situações socialmente excludentes”. Ao dissertar sobre a inclusão ao sistema de ensino, Sasaki, por fim, conclui com uma observação, que, sem dúvida, poderá nortear a ideia central de nossa abordagem:

Na integração escolar, os alunos com deficiência eram o foco da atenção. Na inclusão escolar, o foco se amplia para os alunos com necessidades especiais (dos quais alguns têm deficiência), já que a inclusão traz para dentro da escola a diversidade humana (SASSAKI, 2008, p. 85).

Não seria de todo inconveniente, portanto, afirmar que a deficiência é uma característica atípica do indivíduo, num universo onde a discriminação e o preconceito (leia-se racial) atuam como situações excludentes. A conjugação de condições é tipicamente o cerne do conceito de “inclusão social”. Vai além do que definíamos como uma simples integração - escolar por exemplo.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO ATUAL

Inúmeros progressos foram obtidos a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980, notadamente no que se refere ao conceito e à consciência do cidadão e do próprio Estado quando o assunto é “inclusão social”. A antiga concepção de que as diferenças devem se adequar à sociedade, deu lugar à certeza de que é a sociedade que deve se adequar às diferenças, sejam elas aferidas de uma deficiência, de uma necessidade especial ou de outras situações sociais excludentes. Como fruto da Assembleia Constituinte que culminou na Constituição Federal de 1988, a nova consciência ganhou conformação jurídica também na legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei nº 7.853/1989⁶, regulamentada uma década depois pelo Decreto nº 3.298/1999. Prioridades a pessoas com deficiência foram definidas pela Lei nº 10.048/2000 e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, foram trazidos pela Lei nº 10.098, também de 2000.

⁶ “Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes.”

A política de inclusão da pessoa com deficiência ganhou, e muito, com a edição do chamado decreto da acessibilidade (nº 5.296/2004), que regulamentou as duas leis citadas anteriormente. De lá para cá outros tantos diplomas solidificaram a certeza de que a sociedade é que deve se adequar às pessoas com deficiência, com necessidades especiais ou com as duas características e condições (conjugadas). Avanço imensurável se aferiu com a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência realizada em 2006, por meio da construção de vigas essenciais à política de inclusão. Exemplo disso está inserto em seu artigo 24 ao tratar da inclusão na educação. E mais próximo dos dias atuais o Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011, instituindo o “Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite”. O diploma revela uma preocupação social significativa com a nova realidade do conceito de inclusão social da pessoa com deficiência. Como a proposta há pouco sugerida em nosso texto é a pessoa negra com deficiência, não podemos deixar de lado a legislação brasileira que busca compensar e extirpar – ainda que árdua a tarefa – situações excludentes nesse sentido.

Marcos legislativos como o Decreto nº 4.886, de 2 de novembro de 2003, que instituiu a “Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR”, o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PLANAPIR, a instituição de um Comitê de Articulação e Monitoramento previsto no Decreto nº 6.872, de 4 de julho de 2009, o Estatuto da Igualdade Racial, conformado normativamente pela Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010, alterando, por consequência as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989; 9.029, de 13 de abril de 1995; 7.347, de 24 de julho de 1985 e 10.778, de 24 de novembro de 2003, foram fundamentais. Recentemente pudemos contar com a edição do “Regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – Sinapir” instituído pela Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010. Em que pese o rol de diplomas legais ao socorro e à necessária inclusão social, vemos, *ad exemplum*, que o sistema de ensino – e aqui o ensino superior também -, ainda não atende às expectativas de pessoas com deficiências, necessidades especiais e, como dito, às demais situações socialmente excludentes. Imaginemos a situação da pessoa que venha a conjugar diversas situações sociais excludentes, como no caso da pessoa negra com deficiência.

Por falar, no Brasil, somados à deficiência, a discriminação e o preconceito caminham juntos. Não existe e não haverá tão cedo, a perspectiva de se aumentar,

por exemplo, a inclusão de pessoas que conjugam duas ou mais situações sociais excludentes, como no caso da pessoa negra com deficiência e outros tantos casos. O ensino público e privado não possui dados estatísticos para pesquisa nesse sentido. De se constatar, contudo, que as instituições não empreendem esforços – ou não fizeram públicos os atos – de adequações pontuais no que se refere à arquitetura, à comunicação, aos métodos, programas e instrumentos jurídicos de inclusão, ao que dispõe a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Políticas de reconhecimento, não somente de distribuição. A título de argumentação, se analisarmos atentamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, veremos que os programas brasileiros de transferência de rendas, como o Bolsa Família, por exemplo, estão distantes de representar o caminho para o que se tem nos dias atuais por inclusão social simplesmente – políticas públicas redistributivas que são. É, portanto, imprescindível a reformulação do conceito de “inclusão social”.

Valter Roberto Silvério bem nos lembra que:

O último Censo realizado pelo IBGE constatou que são cerca de 43,5% dos brasileiros, perfazendo algo em torno de 76 milhões de pessoas, ou seja, a maior população negra fora da África. A exclusão dos negros brasileiros da educação e do trabalho tem sido confirmada em estudos provenientes de diversas áreas do conhecimento. Indicadores socioeconômicos elaborados por instituições de pesquisa, tais como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), IBGE, Organização das Nações Unidas, etc., descrevem a clara inferioridade dos negros no mercado de trabalho e na educação no Brasil. [...] O enfrentamento do quadro de desigualdades raciais apresentado mostra a importância da criação de políticas públicas de ações afirmativas direcionadas à população negra em todos os níveis de ensino. Conforme afirma Martins da Silva (2004), há uma compreensão cada vez maior de que a busca de uma igualdade concreta não deve mais ser realizada apenas com a aplicação geral das mesmas regras de direito para todos. Tal igualdade precisa materializar-se também através de medidas específicas que considerem as situações particulares de minorias e de membros pertencentes a grupos em desvantagem [...] (SILVÉRIO, 2007, p. 22 -30).

Devemos ter em mente, ainda, que os jovens negros brasileiros com idade entre 18 e 25 anos, não possuem acesso ao ensino superior (98% deles não ingressaram na universidade) (HENRIQUES, 2001, p. 27-28). Nunca é demais a lembrança de que na primeira dimensão dos direitos fundamentais - o que antes se convencionou chamar de “gerações” -, foi que se estabeleceu a mais estreita relação entre os direitos fundamentais e a democracia. Ingo Wolfgang Sarlet (2012), em

lúcida abordagem, ensina que os direitos do cidadão, frente ao Estado, são estabelecidos cotidianamente:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia (SARLET, 2012, p. 46-47).

Pese o fato de - por conta de uma visão afastada de indícios mínimos de cientificidade jurídica – acreditarmos que a mera expressão de um voto, corresponde à participação popular plena, de se ponderar que a elaboração de instrumentos aptos à solução de situações excludentes, verdadeiras molas propulsoras da segregação, é necessária.

4 OS CONDITIONAL CASH TRANSFER PROGRAMS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Do exposto até aqui e sem receio de incorrer-se em meras conjecturas, possuímos elementos suficientes para conceituarmos – no contexto exclusivamente brasileiro – os *conditional cash transfer programs*, como sendo os programas destinados à execução de políticas públicas redistributivas de situações sociais excludentes. E no particular caso nacional, que não atingem a totalidade das demandas de inclusão, já que mal administrados e executados. A exemplo do que se convencionou denominar Bolsa Família, é o que bem pontua Roberto Fagnani:

A apologia desmedida que tem sido feita ao Bolsa Família pelas agências internacionais parece ser ação ideológica deliberada para elevar o status do

programa brasileiro a um **case** global de sucesso a ser seguido por outros países pela via do Basic Social Security Floor (FAGNANI, 2014, p. 5).

O nosso, ou o que o México apelidou de “Oportunidades”, integra o rol, portanto, dos chamados *conditional cash transfer programs*⁷, existentes estes internacionalmente por mais de três décadas nos países de economia desenvolvida. Christine Lagarde, diretora do Fundo Monetário Internacional, ao ressaltar a importância e a trajetória de execução dos programas, foi lembrada por Roberto Fagnani, ao dizer que:

As ‘melhoras notáveis’ dos indicadores de pobreza, desigualdade e desenvolvimento dos países da América Latina devem-se ao papel desempenhado pelos chamados conditional cash transfer programs (CCT) – núcleos da estratégia internacional orquestrada há mais de três décadas para os países subdesenvolvidos –, com destaque para os programas Bolsa Família (Brasil) e Oportunidades (México), ‘que conseguiram interromper a transmissão da pobreza de geração para geração e agora servem como modelo para o resto do mundo’ (LAGARDE, 2011, *apud*. FAGNANI, 2014, p. 4-5).

Não há como não trazer ao trabalho, o estudo empreendido por Leonor Maria Pacheco Santos, Romulo Paes-Sousa, Edina Miazagi, Tiago Falcão Silva e Ana Maria Medeiros da Fonseca. Nele, os autores esclarecem que entre 2001 e 2003 criamos no Brasil, “quatro programas de transferência de renda; no entanto, eles não foram articulados, empregaram diferentes critérios de inclusão, utilizaram bases de dados comparativos e dois destes tiveram coberturas muito baixas”:

From 2001 to 2003 Brazil created four cash transfer programs; however, they were not articulated, they employed different enrollment criteria, they used databases that could not interface, and two of these had very low coverage. In early 2004 the four programs were merged into the Bolsa Família program (BFP) and have since largely expanded. The new program combined management and implementation processes and was devised for the purpose of: (I) promoting access to the public services network, particularly in health, education and social protection; (II) combating hunger and promoting food and nutrition security; (III) stimulating the sustained empowerment of families living in poverty and extreme poverty; (IV) fighting poverty; and (V) promoting synergistic social action between governmental and nongovernmental sectors. The BFP seeks to invest in human capital by associating cash transfers with educational goals and uptake of health services⁸ (FONSECA, Ana Maria Medeiros da; MIAZAGIL, Edina; SANTOS,

⁷ Programas de transferência de renda (tradução livre).

⁸ De 2001 a 2003 o Brasil criou quatro programas de transferência de renda; no entanto, eles não foram articulados, empregaram diferentes critérios de inclusão, utilizaram bases de dados comparativos e dois destes tiveram coberturas muito baixas. No início de 2004 os quatro

Leonor Maria Pacheco; SILVA, Tiago Falcão; SOUSA, Romulo Paes, 2011, p. 4-5).

Ao falarmos em políticas públicas de inclusão, ou precisamente sobre programas de transferência de renda é de Nancy Fraser (2008, p. 167-189) a melhor abordagem e conclusão, ao afirmar que “a justiça requer tanto redistribuição quanto reconhecimento”, e que “somente olhando para as abordagens integrativas que unem redistribuição e reconhecimento podemos encontrar exigências da justiça como um todo”. Walter Claudius Rothenburg assevera em sua obra que o caminho é, por conclusão, assegurar tratamento equivalente, homenageando a efetivação da igualdade:

A menção aos beneficiários da igualdade – inclusive daquela que impõe tratamentos diferenciados – não estaria completa se não abarcasse, além dos particularmente beneficiados, todos nós, que temos direito de conviver com nossos semelhantes/diferentes e partilhar das experiências da diversidade, em espírito democrático (participativo) e solidário (ROTHENBURG, 2009, p. 346-371).

5 CONCLUSÃO

Se considerarmos que o aspecto conceitual, de fato, une os direitos humanos aos direitos fundamentais, como demonstrado com amparo na doutrina aqui trazida, é certo e possível, portanto, unir as consequências da falência sistêmica dos meios de proteção internacionais. A efetivação de direitos fundamentais por meio de políticas de inclusão, traduz a busca pela materialização do princípio da igualdade, consagrado nas Constituições dos Estados, bem como no direito internacional.

Os *Conditional Cash Transfer Programs*, da forma como desenvolvidos e executados no Brasil, transmitem a ideia de ineficiência dos programas de

programas foram fundidos no programa Bolsa Família (PBF) e, desde então, em grande parte expandido. Os novos processos de gestão e implementação de programas combinados foram criados com a finalidade de: (I) promover o acesso à rede de serviços públicos, particularmente na saúde, educação e proteção social; (II) combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; (III) estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza; (IV) combater a pobreza; e (V) promover a ação social sinérgica entre os setores governamentais e não governamentais. O PBF procura investir em capital humano, associando as transferências de renda com objetivos educacionais e utilização dos serviços de saúde (tradução livre).

transferência de renda de um modo geral. Mal administrados, frutificam a dependência, a via assistencialista e não se fazem aptos a sanar a desigualdade, a pobreza. Basta refletirmos sobre a hipótese da cessação imediata da execução de tais programas no contexto brasileiro. Verificando-se a situação aventada, temos que os programas de transferência de rendas, como o Bolsa Família, por exemplo, não se fizeram eficazes em proporcionar meios de o cidadão viver sem o benefício. Nas palavras de Thomas Sowell, a redistribuição não interessa a quem busca sanar a desigualdade:

A responsabilidade pelos benefícios modestíssimos da ação afirmativa, concentrados nos já aquinhoados e com pequena ou nenhuma vantagem para os verdadeiramente necessitados, tem sido atribuída à falta de ardor ou mesmo à má-fé da parte dos que administram os programas de ação afirmativa. Assim, os fracassos ou inadequações desses programas podem ser tomados como razões para reformas em vez de sintomas de concepções errôneas que deveriam servir de motivo para lhe dar um fim [...]. Preocupação com os infelizes é coisa bem diferente de imaginarmos poder fazer o que não podemos. Nem deve a humilde admissão de nossas limitações como seres humanos ser razão para não fazermos muito que ainda pode ser feito, malgrado tais limitações. Na América, pelo menos, a história mostrou esplendidamente o que pode ser feito, porque já foi feito. Aos americanos basta olhar para trás, para o início do século XX, a fim de apreciar o enorme progresso econômico e social conseguido pelos mais pobres e, aparentemente, menos promissores segmentos da população. Nos primórdios daquele século, só metade da população negra dos EUA sabia ler e escrever. Os judeus viviam amontoados em favelas no Lower East Side da cidade de Nova York, favelas mais apinhadas que as de hoje [...]. **Com todos esses grupos étnicos americanos – e outros – o que ocorreu não foi uma transferência de benefícios do resto da população, mas uma contribuição crescente dessas minorias à prosperidade progressiva da sociedade americana toda, da qual todos usufruíram, já que os menos instituídos se educaram e os trabalhadores na agricultura e os empregados domésticos adquiriram habilitação e experiência para exercerem tarefas mais difíceis. Não se tratou de uma soma zero, ao passo que redistribuição é, no máximo, soma zero, isso caso consiga de alguma forma evitar desincentivos e turbulência intergrupos** (SOWELL, 2004, p. 194, grifo do autor).

Muitas vezes as políticas públicas brasileiras se voltam ao imediatismo e não à inclusão do cidadão nos mecanismos de produção de riqueza. Nessa realidade mais conveniente ao Estado – econômica e financeiramente – é fornecer o pão, a arte de fazê-lo é deixada de lado. A inclusão social deve ser vista e orientada sob o enfoque da produção, em muitos casos. Emprego, qualificação da mão de obra e aprimoramento técnico consubstanciado na educação, são instrumentos

fundamentais ao desenvolvimento do ser humano como ser moral e titular dos direitos humanos, destinatário que é da efetivação da igualdade.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. 168 p.
- Brasil. **Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011**. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. Brasília, 2011.
- Brasil. **Decreto nº 8.136, de 5 de novembro de 2013**. Aprova o Regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – Sinapir, instituído pela Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010. Brasília. 2013.
- Brasil. **Lei nº 12.888, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, 2010.
- Brasil. **Decreto nº 4.886, de 2 de novembro de 2003**. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR e dá outras providências. Brasília, 2003.
- Brasil. Decreto nº 6.872, de 4 de julho de 2009. Aprova o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PLANAPIR, e institui o seu Comitê de Articulação e Monitoramento. Brasília. 2009.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**. Arraes Editores. 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge; Harvard University Press, 1978.
- FAGNANI, Roberto. **Brasil: dois projetos em disputa**. Le Mond Diplomatique Brasil. Julho 2014.
- FONSECA, Ana Maria Medeiros da; MIAZAGIL, Edina; SANTOS, Leonor Maria Pacheco; SILVA, Tiago Falcão; SOUSA, Romulo Paes. The Brazilian experience with conditional cash transfers: A successful way to reduce inequity and to improve health. In: **Conferência Mundial da Saúde**. Rio de Janeiro, out. 2011. Disponível em: <http://www.who.int/sdhconference/resources/draft_background_paper1_brazil.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.
- FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM; SECRETARIA DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Política municipal dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo, 2009. 72 p.
- HENRIQUES, R. (2001). **Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90**. Texto para discussão n. 807. 2001, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LAGARDE, Christine. **Revista Época**, 25 nov. 2011. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Negocios-e-carreira/noticia/2011/11/diretora-do-fmi-elogia-brasil-e-chama-bolsa-familia-de-modelo-para-o-mundo.html>>. Acesso em: 13 nov. 2014.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 2. ed. 4. reimp. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, 1986.
- PACHECO, Jairo Queiroz, SILVA; Maria Nilza da (orgs.). **O negro na universidade: o direito à inclusão**. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (coord.). **Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos Fundamentais e estado constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.
- RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipação, libertações e dominações**. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. **Comentário ao artigo 24 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação Afirmativa: uma política pública que faz a diferença, inserto no estudo **O negro na universidade: o direito à inclusão**. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2007.
- SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao redor do mundo. Estudo Empírico**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

DECISÃO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: O JUIZ, A LEI E O TERMÔMETRO^{1/2}

LEGAL DECISION AND PUBLIC POLICIES:
THE JUDGE, THE LAW AND THE THERMOMETER

*Fábio Luiz Bragança Ferreira*³

Resumo

O texto procura indicar, a partir da leitura de uma obra específica, os principais argumentos apresentados por autores que defendem uma atuação ativista e pró-ativa do Poder Judiciário no contexto da judicialização de políticas públicas. A partir desse argumento, o autor tenta apresentar um contraponto, tanto sob perspectiva estritamente jurídica, quanto trazendo argumentos e dados produzidos por pesquisadores especialistas em Saúde Pública. Mais do que apontar respostas peremptórias para problemas tão relevantes dentro de um contexto democrático que se exige controle do exercício do poder e legitimidade institucional, o texto se propõe apenas a apresentar questionamentos e angústias do autor.

Palavras-chave: Poder judiciário. Políticas públicas. Decisão judicial. Ativismo judicial.

Abstract

This paper seeks to indicate, through the reading of a specific work, the main arguments presented by the authors that defend an activist proactive posture of the Judiciary in the context of public policies. Through this argument the author tries to present a counterpoint, both in a strictly legal perspective as well as brings arguments and data to present preemptory answers to relevant problems in a democratic context that requires the exercise of power and institutional legitimacy, in this point the text only tries to present questions and anguishes felt by the author.

Keywords: Judiciary. Public policies. Legal decision. Judicial activism.

Sumário: 1. *Determinando do local de fala: a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política.* 2. *Jurisdição Política ou Política Jurisdicional: a forma como a atuação de juízes e tribunais perante as políticas públicas vem sendo colocada pelos teóricos.* 3. *O necessário contraponto.* 4. *Considerações finais.* 5. *Referências.*

¹ Artigo recebido em: 25/04/2015. Pareceres emitidos em 06/10/2015 e 08/10/2015. Aprovação comunicada em 26/01/2016.

² O presente artigo é trabalho de conclusão da disciplina “Políticas Públicas”, ministrada no 2º semestre do ano de 2014 pelo Prof. Dr. Antônio Suxberger, no PPG/UniCEUB.

³ Mestrando em Direito. Especialista em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público. Integra o Grupo de Pesquisa: ISO – Justiça Processual e Desigualdade, liderado pelo Prof. Dr. Jefferson C. Carús Guedes (vinculado ao PPG/UniCEUB).

1 DETERMINANDO DO LOCAL DE FALA: A DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Cada decisão é produzida no âmbito da singularidade. Cada singularidade desafia o universal, efetivando-o, determinando-o. Assim, a decisão do juiz determina o universal normativo. Daí que cada decisão, para ser *justa segundo a lei*, é terrível. Pois ela deve, em certas situações – qual acima afirmei –, transgredir o texto da lei. Por isso, como todo anjo, toda decisão judicial é terrível. (GRAU, 2013, p. 137)

É de bom tom que, antes de ingressar no cerne do tema do presente ensaio, se faça uma indicação dos conceitos a partir dos quais se trava o debate e o que se entende por eles, quais sentidos se lhe atribuem. Sem prejuízo, evidentemente, de que a indicação dos conceitos (sentidos) que serão adotados indiquem, já, uma tomada de posição quanto à questão do ativismo/judicialização da política.

Pois bem, ainda que as linhas divisórias entre o conceito de judicialização da política e ativismo judicial por vezes confundam-se em ambiente nebuloso, é possível afirmar, com Tassinari (2013), que a judicialização da política é uma circunstância inevitável, altamente contingencial, decorrente de um feixe de circunstâncias e combinação de contextos que foge à atuação judicial propriamente dita. A referência que se faz é ao constitucionalismo contemporâneo que propôs uma cultura (tradição) de limites ao exercício de um Poder que vincula – impondo limites e obrigações – todos seus nichos ao texto constitucional, um Executivo que se baralha e tropeça em prestar serviços públicos no tempo e modo devidos, e a uma Constituição da República prolixa que abraça a tudo e a todos e, diz-se, “só não traz a pessoa amada em três dias”⁴ Há que se concordar que esse parece ser um cenário bastante propício a uma sobrecarga de litígios perante o Judiciário cujo objeto serão políticas públicas precariamente prestadas ou não prestadas pelo Poder Público. Nas palavras de Tassinari, diferentemente do ativismo judicial a judicialização da política é derivada “de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e

⁴ Essa expressão é costumeiramente dita em entrevistas e palestras pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso em tom de descontração. Cf. Folha de S.Paulo (2013); Luchete (2014).

desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas” (TASSINARI, 2013, p. 32).

Em contraponto à judicialização da política que, aqui, é considerada como o resultado de uma combinação de fatores externa ao Direito, de um “imaginário social e político” (TASSINARI, 2013, p. 55) alheio à atuação jurisdicional propriamente dita, o ativismo judicial é considerado, aqui, como uma questão jurídica *stricto sensu*. Ainda mais especificamente, falar em ativismo judicial é falar sobre o modo como se dá a decisão judicial, é falar em interpretação do Direito.

O entendimento acerca do que é o *ativismo judicial* não é homogêneo.⁵ Na doutrina brasileira, o termo é utilizado de forma bastante diversa por dois dos nossos mais atuantes juristas: Lenio L. Streck e L. Roberto Barroso. Barroso entende que o ativismo judicial nada mais é que um modo proativo de interpretar a Constituição Federal e que, no caso brasileiro, essa atitude decorre naturalmente da retração do Poder Legislativo e do descompasso entre a classe política e a sociedade civil, circunstância que impede “que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2011, p. 363-366). Streck, por outro lado, emprega forte carga pejorativa ao termo *ativismo judicial*, entendendo-o como uma forma de atuação inadequada da jurisdição constitucional porque – descumprindo seu papel dentro do Estado Democrático de Direito e de forma ilegítima –, usurpa as funções do Poder Legislativo (STRECK, 2013a, p. 117; STRECK, 2014c, p. 61-66). O *ativismo judicial*, pela doutrina de Streck, implica a “falta de limites no processo interpretativo” (STRECK, 2014c, p. 64); seria uma espécie de repriminção do realismo jurídico norte-americano à brasileira que possibilitaria a conclusão de que “o-direito-é-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-é” (STRECK, 2014b).

Quando Barroso afirma que o antônimo de *ativismo judicial* é *autocontenção judicial*, argumentando que essa autocontenção se caracteriza pela “forte deferência

⁵ Tassinari tenta sistematizar os vetores conceituais que mais comumente são atribuídos ao termo “ativismo judicial” nos seguintes termos: “[...] em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abogadagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, nesse caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade do ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*” (TASSINARI, 2013, p. 33).

às ações e omissões” dos poderes políticos (RODRIGUES, 2013), ele parece estar, com a devida vênia, atestando a tese de Streck de que o *ativismo judicial* configura, em maior ou menor medida, uma “corrupção na relação entre os Poderes” (STRECK, 2014c, p. 65), ou seja, uma usurpação de poder político⁶.

“Política é o universo da vontade” (BARROSO, 2015), foi o que acertadamente disse Barroso em recente palestra. Parece ser essa, igualmente, a característica de um atuar ativista do Judiciário: judicar com base na vontade político-individual do magistrado. Sob o signo do ativismo, nos diz Garapon, o juiz atua movido pelo seu desejo de trancar ou de acelerar determinada mudança social (GARAPON, 1998, p. 54). O magistrado ativista é, portanto, um personagem determinante nos caminhos políticos de uma dada comunidade dentro da qual é construído um cenário de “predomínio das instâncias jurisdicionais sobre as instituições democráticas” (TASSINARI, 2013, p. 62).

2 JURISDIÇÃO POLÍTICA OU POLÍTICA JURISDICIONAL: A FORMA COMO A ATUAÇÃO DE JUÍZES E TRIBUNAIS PERANTE AS POLÍTICAS PÚBLICAS VEM SENDO COLOCADA PELOS TEÓRICOS.

Os eminentes professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe coordenaram importante coletânea sobre o tema de fundo deste ensaio intitulado *O controle jurisdicional de políticas públicas* (GRINOVER; WATANABE, 2013). Nos pareceu pertinente indicar alguns dos argumentos encontrados na obra e, a partir deles, tecer alguns comentários de modo a ilustrar nossas dúvidas e inquietações, o que faremos no tópico seguinte.

Maria Tereza Sadek, em seu texto titulado *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política* (SADEK, 2013, p. 1-32), partindo da premissa de que não pretende desenvolver uma perspectiva jurídica no sentido do “dever-ser”, mas sim observar a “*verità effettuale*” das coisas como elas são (SADEK, 2013, p. 1-2), chega a acertada conclusão de que, hoje, os magistrados atuam de forma decisiva na arena pública; cita, como exemplos que confirmam a tese, os casos

⁶ Tivemos oportunidade de apresentar essa diferenciação entre o “ativismo judicial” no pensamento de Streck e no pensamento de Barroso em artigo em coautoria recentemente publicado. Cf. Ferreira, Pádua e Oliveira (2015, p. 587-604).

julgados pelo Supremo Tribunal Federal acerca da fidelidade partidária, da greve de servidores públicos, do nepotismo, do uso de algemas, das células-tronco e da demarcação das terras indígenas (SADEK, 2013, p. 2). O Poder Judiciário, portanto, tem marcado presença na arena política, aonde seus membros participam ativamente dos fatos mais relevantes. No particular, não há qualquer divergência com Sadek.

A autora procura justificar essa atuação política do Judiciário indicando que essa não é uma circunstância tributária do acaso. O atuar nitidamente ativista do Poder Judiciário, segundo Sadek (2013, p. 4-ss.), é decorrência de determinações implícitas do modelo institucional. Nesse sentido, explica, dois são os grandes modelos institucionais que se desenvolveram com destaque: o presidencialismo e o parlamentarismo. O modelo parlamentarista teve como propósito a transferência de poder das mãos do monarca para o Parlamento, de forma que a conclusão é a de que o poder está de fato concentrado no legislativo. O modelo presidencialista, de outra ponta, teria sido desenvolvido a partir da ideia do enfraquecimento do poder. Aqui, o engenho central é a divisão do poder do Estado. Dentro desse modelo, diferentes polos de poder deveriam ser (e foram) criados; premissa que permite a conclusão de que o Judiciário foi erigido como instituição de igual peso frente ao Executivo e ao Legislativo (SADEK, 2013, p. 4-6).

Sadek evolui no raciocínio e nos esina que a partir do segundo pós-guerra há um questionamento acerca da concepção meramente formal de igualdade sob o argumento de que os direitos sociais têm por objetivo um padrão mínimo de igualdade no que se refere ao usufruto dos bens coletivos. Esse apanhado histórico nos leva ao momento atual em que implementações de políticas afirmativas exigem que não apenas a lei, mas também o poder público interfira na redução da desigualdade concreta (SADEK, 2013, p. 7-ss.).

É nesse contexto que, segundo a autora, o “juiz boca da lei” perde espaço e que o Poder Judiciário passa de mero leitor da letra fria da lei a ator político (SADEK, 2013, p. 13)⁷. Essa conclusão decorre, segundo a autora, do sistema

⁷ O entendimento de Sadek acerca da aplicação da “letra fria da lei” parece encontrar incentivo em manifestação de Nancy Andrichi, ministra do Tribunal da Cidadania, por ocasião da publicação do Anuário da Justiça do ano de 2010 em que afirmou que “a finalidade precípua do Poder Judiciário é proporcionar a pacificação social e isso, muitas vezes, exige temperamento na interpretação do

presidencialista em que se constitui o Judiciário como poder de Estado e do conseqüente ingresso dos magistrados na arena política; circunstâncias que acabam por definir a estrutura de poder deste modelo institucional. O magistrado contemporâneo converteu-se, assim, em ator político. O raciocínio de Sadek é bastante claro:

O que se deseja salientar é que uma proporção expressiva de magistrados sobreleva a identidade do juiz delimitada pela mera aplicação da lei. A definição do papel do juiz como a de um ator político envolve o reconhecimento de que suas atribuições produzem impactos sociais, econômicos e políticos. Esse protagonismo que rejeita ou supera o “juiz boca da lei” institui um juiz corresponsável pela concretização dos direitos e, nessa medida, um agente com atuação na arena pública. (SADEK, 2013, p. 22)

Em vias de encerrar o seu texto, Sadek ressalta que na ótica micro da problemática do ativismo, há hipóteses em que o juiz se depara com questões dramáticas em que tem que optar pela vida ou pela morte (SADEK, 2013, p. 25). Em circunstâncias desse jaez os magistrados têm garantido o pleito do demandante a despeito de qualquer constrangimento de natureza material. Nesse cenário a questão da saúde é especialmente importante e tem tido prevalência face a questões orçamentárias.

Observa, por fim, que a atuação do judiciário tem provocado ao menos três efeitos: (i) resultado pedagógico no sentido de forçar a Administração Pública a alocar mais recursos na área da saúde; (ii) um efeito de estímulo a um maior número de demandas; e (iii) ilustrar a importância da atualização de protocolos referentes à saúde (SADEK, 2013, p. 26-ss.). Além dos efeitos mencionados, Sadek afirma ser provável que sem o ativismo do judicial seria ainda maior o número de unidades federativas que não obedecem o preceito constitucional que determina o investimento mínimo de 12% dos recursos em saúde pública⁸.

Outro texto que nos pareceu digno de nota é o escrito pelo Prof. Hermes Zaneti Jr. intitulado *Teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia* (ZANETI JR., 2013, p. 33-

ordenamento jurídico, pois **a aplicação da letra fria da lei pode conduzir a enormes injustiças sociais e econômicas**” (grifo nosso) Cf. Sadek (2013, p. 22).

⁸ A autora indica, em importantíssimo quadro analítico, que, no ano de 2008, 13 das 27 entidades federadas desrespeitaram o limite mínimo de investimento em saúde pública. Fonte: Ministério da Saúde. Cf. Sadek (2013, p. 27).

72). O artigo pretende demonstrar que a ideia de que o Poder Judiciário tem uma estrutura inadequada para determinar o planejamento e a implementação de políticas públicas configura uma restrição inadequada; não passando de uma “leitura pobre” que constitui um “verdadeiro óbice ideológico” (ZANETI JR., 2013, p. 34). O fundamento é o de que a lei e o administrador público são conformados (pautados) pelos direitos fundamentais.

O autor afirma que é a própria Constituição da República prevê um modelo de democracia ativista em cujo desenho, o Judiciário funciona como o responsável, via *judicial review*, pela “implementação de políticas públicas (escolhas políticas) pautadas pelos direitos fundamentais” (ZANETI JR., 2013, p. 35). Importante argumento para essa leitura do desenho constitucional brasileiro, nos diz Zaneti, é o fato de que sempre que um texto constitucional menciona um direito ou um dever, ele é judicializável (ZANETI JR., 2013, p. 36).

Zaneti faz um apanhado histórico no intuito de nos mostrar que ao Judiciário era relegada, sob a perspectiva de uma teoria de “separação estanque de poderes” (ZANETI JR., 2013, p. 38), uma função meramente corretiva. O modelo ultrapassado em referência é o típico *laissez-feire* com foco na proteção do indivíduo frente às eventuais ingerências do Estado.

Em análise do contemporâneo contexto nacional, Zaneti sentencia: “padecemos de uma grave deficiência crônica no aspecto administrativo, resultando que, do ponto de vista de um observador externo, nosso legislador é *idealista*, nosso administrador é *ineficaz*” (ZANETI JR., 2013, p. 40). A tese que o autor propõe é a de que o nosso modelo é marcado fortemente pelo neoconstitucionalismo, que se traduz em três linhas principais: marco histórico: na Constituição de 1891 e a partir da CRFB/88; marco filosófico: superação da lei como única fonte do direito e da diferenciação radical entre moral e direito; e o marco teórico: o papel da força normativa da constituição (direitos fundamentais) e das novas técnicas de interpretação (ZANETI JR., 2013, p. 41-42).

Dessa nova visão, surge a previsível tensão entre um direito social previsto normativamente e a alegação de falta ou insuficiência de uma política pública apta a atender o comando constitucional. Nesse contexto é que, nos diz Zaneti, o processo judicial em contraditório permite a individualização do problema que pode resultar na composição, numa solução de compromisso ou, ainda, na solução conforme a

justiça para o caso concreto dentro da pauta dos direitos fundamentais (ZANETI JR., 2013, p. 45). De acordo com a linha de raciocínio do autor, a diferença entre os Poderes reside exclusivamente no modo pelo qual exercem sua legitimidade. O Executivo e o Legislativo pela representação popular e o Judiciário pela Constituição e pelas Leis – este possuindo ainda a função contramajoritária, assegurando limites e vínculos derivados do modelo constitucional (ZANETI JR., 2013, p. 49-50).

Para ilustrar o modelo de Estado Constitucional defendido, o texto cita um julgado do STJ (Resp 169.876/SP, Rel. Min. Franciulli Netto). Na hipótese o Ministério Público pleiteou que o município destine um imóvel para a instalação de um abrigo; pleito negado pelo Tribunal da Cidadania sob o argumento de que “a municipalidade tem liberdade de escolher aonde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade” Em hipóteses que tais, defende Zaneti que deve ser discutido, com base no método da proporcionalidade e da ponderação, se, em vista da colisão de direitos fundamentais, o legislador tem de fato liberdade, “cabendo ao Poder Judiciário a verificação, no caso concreto, segundo condicionantes fáticas (necessidade e adequação) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito), de qual a margem de discricionariedade do legislador e da Administração Pública” (ZANETI JR., 2013, p. 54).

Essas e outras reflexões levam Zaneti à conclusão de que o controle judicial de políticas públicas não pode se restringir exclusivamente às hipóteses de ofensa ao mínimo existencial; que ultrapassadas as linhas da *proteção do excesso* e da *proteção insuficiente*, a intervenção do Judiciário é obrigatória; e que a modificação, alteração ou, ainda, a criação de políticas públicas pelo Judiciário depende de fundamentação adequada (ZANETI JR., 2013, p. 67-68).

Por fim, o texto da Professora Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 125-150), sustenta sua linha de raciocínio na afirmação de que na teoria clássica da tripartição de poderes o juiz estava sujeito ao império da lei; a autora faz referência ao juiz “boca da lei” (GRINOVER, 2013, p. 126). Afirma, igualmente, que no moderno Estado Democrático de Direito já não se pode falar na neutralização da atividade do Poder judiciário.

Os exemplos apontados no texto parecem corroborar com a linha de raciocínio desenvolvida ao lembrar que “o mesmo entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades, salientando-se o direito à

integralidade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado, de forma individual ou coletiva” (GRINOVER, 2013, p. 130); na mesma passagem, Grinover aponta o alcance do raio de atuação e comando do Judiciário ao afirmar que “uma vez demonstrada a necessidade de obras objetivando a recuperação do solo, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela específica para que a Administração destine verba própria do orçamento para esse fim” (GRINOVER, 2013, p. 130).

O Poder Judiciário, nesse mister, deve utilizar, segundo defende Grinover, como referencial teórico a razoabilidade, medida pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade (GRINOVER, 2013, p. 133-ss.). Sob essa perspectiva, deve o Judiciário apreciar “pelo lado do autor, *a razoabilidade da pretensão insidivual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada*” (GRINOVER, 2013, p. 137).

Concluindo sua linha de raciocínio quanto ao ponto, Grinover conclui que “a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade” (GRINOVER, 2013, p. 138).

Outro ponto abordado pela autora é o argumento de cariz orçamentário acerca da reserva do possível. Nesse sentido, afirma, não basta ao Poder Público alegar a falta de recursos, essa indisponibilidade orçamentária deve ser provada pelo próprio agente público e, além disso, “em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública” (GRINOVER, 2013, p. 138).

Desse modo, para Grinover, quando atendidos os limites da reserva do possível e da razoabilidade, poderá o Judiciário intervir nas políticas “quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas” (GRINOVER, 2013, p. 149).

São esses, portanto, os pontos que nos pareceram principais na análise dos textos contidos na coletânea em comento. Evidente que não pretendemos exaurir os argumentos ventilados em cada um dos textos trazidos à discussão. Pretendemos,

isso sim, indicar alguns dos argumentos que, em maior ou menor medida, nos causaram algumas dúvidas e perplexidades. Passemos a elas.

3 O NECESSÁRIO CONTRAPONTO

Antes de seguirmos adiante com outros comentários, nos parece pertinente estabelecer uma premissa. Uma premissa que, queremos crer, se afigura filosoficamente insofismável. Trata-se da presença sobranceira da ideologia nas obras e no raciocínio humanos.

O Prof. Zaneti no diz que o argumento de que o Poder Judiciário possui estrutura relativamente inadequada para plenajar e implementar políticas públicas configura uma “autorrestrição inadequada”, não passando de uma “leitura pobre e limitada da função jurisdicional, constituindo verdadeiro óbice ideológico ao exercício da jurisdição para a tutela dos direitos fundamentais” (ZANETI JR., 2013, p. 34).

Sobre essa afirmativa, é necessário lembrar a advertência feita por Zaffaroni de que, dentro dos padrões de normalidade de um ser humano, não existe neutralidade ideológica (ZAFFARONI, 2007, p. 107-ss.). O jurista argentino falava especificamente da função de magistrado; contudo, nos parece possível ampliar o alcance da reflexão para afirmar que não apenas o juiz, mas a ideia de qualquer ser humano ideologicamente neutro é uma *impossibilidade antropológica* (ZAFFARONI, 2007, p. 111). Partindo dessa premissa e lendo a afirmativa de Zaneti, talvez fosse o caso de nos perguntarmos se o argumento de que é da competência do Judiciário pensar, planejar e implementar políticas públicas é, também, um argumento ideológico – o que quer que isso queira dizer e qualquer que seja sua influência, negativa ou positiva, na liberdade do pensar humano.

O ser humano é uma criatura política e, portanto, ideológica. Essa circunstância parece estar fora de debate. Desse modo, não é de bom tom desmerecer o argumento contrário apontando-lhe essa pecha. O que nos cabe, isso sim, é o esforço de desenvolver um raciocínio eminentemente jurídico que suspenda, tanto quanto possível, nossos pré-juízos. Essa parece ser uma premissa importante. Sigamos.

A questão central do debate acerca da atuação do Poder Judiciário frente às políticas públicas e que recebe uma abordagem discutível pelos autores indicados, é a revisão, não tão nova, do desenho institucional entre os três poderes, e a indisposição que se percebe com relação à importância da legislação democraticamente aprovada, argumentos que acabam por desaguar na mesma conclusão: a aposta no protagonismo judicial – como se o Judiciário pudesse, a golpes de caneta, resolver os problemas estruturais históricos entre o Estado e Sociedade Civil brasileiros.

Dentro do acervo de argumentos apresentados, há que se concordar com a tese de que o sistema presidencialista brasileiro gera efeitos na atuação dos demais Poderes da República. Não nos referimos ao já caduco argumento da superação da teoria de “separação estanque de poderes” (ZANETI JR., 2013, p. 38). Não há que se falar nesse tipo imaginário de divisão hermética entre os *branches* da República; todos sabemos das relevantes prerrogativas legislativas do Executivo brasileiro, por exemplo. A questão que há de ser levada em consideração é de que o presidencialismo de coalizão assume como uma de suas consequências o protagonismo do Poder Judiciário (SADEK, 2013, p. 4-6). Isso se deve, em grande medida, aos conflitos permanentes entre o Executivo e o Parlamento que, no mais das vezes, compete ao Judiciário dirimir.⁹

Esta é, para utilizar da expressão da Prof. Sadek, a *verità effettuale* do nosso sistema político. E as falhas mais nocivas desse desenho constitucional

⁹ O Prof. Lenio Luiz Streck explica a questão de forma bastante clara, v.: “Vejamos a relação do presidencialismo e do parlamentarismo com o 'problema da jurisdição constitucional'. Nos regimes parlamentares houve a magnífica invenção dos Tribunais Constitucionais. Como, regra geral, o governo é formado por maioria parlamentar, não há tensão entre a 'vontade do Presidente' e a 'vontade do parlamento'. Ao contrário do presidencialismo brasileiro, não há 'duas vontades gerais em conflito' no parlamentarismo. Consequência: no parlamentarismo, as tensões sobre direito, especialmente a questão central (a constitucionalidade das leis), são resolvidas por um Tribunal que está fora do âmbito dos três poderes tradicionais. O Tribunal Constitucional é um tribunal *ad hoc*. Ele é composto e engendrado pelo parlamento. O Poder Judiciário não assume protagonismo, porque o Tribunal Constitucional não é do Poder Judiciário. Como isso funciona? Vejam as democracias da Alemanha, Espanha, Portugal, etc. E no Brasil? aqui o Presidente é eleito com 50% mais um; o Parlamento tem 'vontade geral' que, para apoiar o governo, negocia para formar a maioria. E negocia 'bem'. E muito. Sempre exigindo mais do patrimônio público (e há quem entenda mais adequado substituir o verbo 'exigir' por 'extorquir'). E, mesmo assim, há tensões. Constantes. Legislativo *versus* Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário *lato sensu*, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia. Não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil” Cf. Streck (2013c, p. 256).

deverão ser expurgadas pela via política ou, quando for o caso, pelo controle de constitucionalidade. As soluções políticas devem ser encontradas pela sociedade civil e por seus representantes eleitos. Essa é uma questão dada e que aqui não nos tomará a atenção. O “x” da questão aqui é outro.

A questão é saber como se dá o atuar jurisdicional; como entendemos a função do juiz, da lei e da Constituição no nosso sistema. Trata-se, portanto, de uma questão de teoria do Direito e de compreensão acerca do que é e de quais são os traços determinantes do positivismo jurídico – tradição ainda muito arraigada no nosso imaginário e cuja superação ainda não foi bem assimilada pela nossa comunidade. Nesse sentido, Lenio Streck afirma que:

Parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? A mera aplicação da lei – juiz boca da lei – aplicar a lei é uma atitude positivista? (STRECK, 2010)

Ora, parece evidente, nessa quadra histórica, a nossa compreensão de que o Direito não cabe na lei (STRECK, 2013, p. 74-80). Não é possível que o enunciado normativo preveja de antemão todas as suas hipóteses de incidência. O sentido, como bem diz o Prof. Inocêncio M. Coelho, só exsurge no/do contexto (COELHO, 2014). Imaginar que se pode extrair da lei o sentido antes de saber qual o contexto (hipótese de incidência), é como pretender obter a resposta antes da pergunta (Streck). Não por outra razão é que Streck afirma que não se faz necessário, sequer pertinente – nós diríamos –, afirmar que o “juiz não é a boca da lei”; e, ainda mais, que “enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas 'descobertas polvulares'. Isto porque essa 'descoberta' não pode implicar um império de decisões solipsistas” (STRECK, 2010). A aposta no protagonismo judicial que se percebe nos textos de Sadek, Zaneti e Grinover, traz consigo esse “império de decisões solipsistas” de que trata Streck.

O fenômeno jurídico não se esgota na lei, isso bem sabemos. Entretanto, ele não pode ocorrer a revelia da lei e da Constituição. Argumentos tais como “hoje já

não devemos apegar-nos à letra fria da lei”, ou “não devemos apegar-nos à literalidade da lei”, trazem consigo uma tentativa de enfraquecimento de um dos produtos mais legítimos da Democracia: a lei constitucionalmente promulgada. Nesse sentido, veja-se o que diz Streck:

[...] se está diante simplesmente do dever – inerente ao Estado Democrático de Direito – de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia! E, permito-me insistir: por vezes, cumprir a “letra da lei” é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico a sério, pois! (STRECK, 2010)

A tentativa de legitimar uma atuação judicial pautada por um evidente pragmatismo político (*behaviorismo*) traz risco à autonomia do Direito e, tanto mais, à Democracia. Por isso que, com Streck, nos parece que a atuação legítima do Judiciário deve ser pautada por princípios, não por políticas (STRECK, 2013c, p. 260-263). É dizer, quando decide em conformidade com princípios, “o Judiciário reconhece a existência de um direito que as partes possuem e que está inscrito num contexto mais amplo de moralidade da comunidade política”; ao passo que, decidindo por políticas, “o Judiciário assenta sua decisão, não no reconhecimento de um direito preexistente, mas, sim, em algum tipo de argumento que anuncia uma avaliação de resultados que podem trazer maior benefício para o bem-estar social” (STRECK, 2013c, p. 260).

Até esse ponto basta, ao menos para as pretensões deste breve ensaio, para demonstrar qual deve ser, sob a perspectiva de teoria e filosofia do Direito, a pauta do Judiciário no constitucionalismo contemporâneo. Dentro de todo esse contexto, surge, ainda, uma perplexidade: é possível conciliar, de forma constitucionalmente adequada e nos moldes pretendidos pelos autores citados, o papel de “agente de transformação” (ZANETI JR., 2013, p. 59) político-social do magistrado, a sua legitimidade para indicar (com força imperativa, por óbvio) “cronogramas físico-financeiros para execução” (ZANETI JR., 2013, p. 59)¹⁰ de políticas públicas, para ordenar ao Poder Público a inclusão em próxima proposta

¹⁰ Defendendo a mesma tese, cf. Grinover (2013, p. 138).

orçamentária¹¹ de verba necessária à implementação da política pública (GRINOVER, 2013, p. 138), com o texto da Constituição da República que determina a competência do Parlamento, com sanção do Chefe do Executivo, para aprovação do orçamento anual¹², bem como o dever de fiscalização do orçamento por parte do Parlamento¹³ e, ainda, as diretrizes que devem seguir Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento, da LDO e nos PPA^{14?15}

Esse parece ser um questionamento interessante e com potencial para amplo debate. Tanto mais quando se afirma que o Judiciário seria legítimo para “corrigir políticas públicas equivocadas” com base no (assim chamado) princípio da razoabilidade (GRINOVER, 2013, p. 149) (deixando de lado as ferrenhas discussões acerca da pertinência da *razoabilidade* como critério decisório). Dentre as inquietações que surgem, e sem pretensões de oferecer resposta peremptória, indagamos: quando falamos em políticas públicas equivocadas ou adequadas, não estaríamos no território da conveniência e aperfeiçoamento políticos? A implementação de políticas públicas “equivocadas” da perspectiva do (ir)razoável, não seria uma parte natural do aprimoramento e amadurecimento das instituições democráticas e do diálogo entre sociedade civil e corpo de representantes?

Por fim, já procurando encerrar o texto, e com o intuito de oferecer aos questionamentos aqui levantados uma perspectiva prática com esteios fincados para além das fronteiras do Direito, citamos o estudo feito por Ana Luiza Chieffi e por Rita Barradas Barata (2009) em que, com pesquisa empírica, demonstraram que no ano

¹¹ Note-se que, além da questão da saúde, o exemplo utilizado por Grinover para demonstrar o alcance do protagonismo do Judiciário em sede de políticas pública é o de decisões que determinam inclusão de previsão orçamentária para preservação ambiental do solo e, ainda, para preservação de conjunto arquitetônico em parque público em município do Estado de São Paulo. Cf. Grinover (2013, p. 130).

¹² **Constituição da República, art. 48.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

¹³ **Constituição da República, art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁴ V., nesse sentido, arts. 165 a 169 da **Constituição da República.**

¹⁵ Sobre essa questão, v. Streck e Barreto Lima (2015).

de 2006, a Secretaria de Saúde do município de São Paulo, atendendo às decisões judiciais da capital do estado, gastou “65 milhões de Reais, para atender cerca de 3.600 pessoas. Em comparação, no mesmo ano, ela investiu 838 milhões de Reais no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional (alto custo), atendendo 380 mil pessoas” (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1840). A partir desses dados é que as pesquisadoras afirmam que “foram gastos aproximadamente 18 mil Reais por paciente com ações judiciais naquele ano, enquanto o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional consumiu 2,2 mil Reais por paciente” (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1840).

Nesse cenário, Streck e Barreto Lima apontam para os perigos de se remeter decisões sobre políticas públicas para as mãos dos membros do Poder Judiciário que, como regra, “não são formados para tal” (STRECK; BARRETO LIMA, 2015). Sobre o ponto, veja o que dizem as pesquisadoras especializadas em Saúde Pública:

De maneira geral, os juízes, ao deferirem as ordens para o fornecimento de medicamentos como forma de garantir os direitos dos indivíduos, não observam a política de assistência farmacêutica do SUS. Essas ações têm consequências orçamentárias importantes, uma vez que os recursos são finitos e sua administração deve ser planejada e balizada pelas políticas de saúde. Consequentemente, as demandas judiciais prejudicam essas políticas, impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, além de interferir no planejamento das ações de saúde.

Ao se fornecerem medicamentos por ordem judicial, não se está sendo avaliado se aquele tratamento realmente é o melhor em termos de relação custo/benefício, se o indivíduo realmente necessita do medicamento pleiteado e este não pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS, se o paciente tem condições financeiras de pagar o tratamento ou, até mesmo, o advogado [...]. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1842)

As pesquisadoras reconhecem, como aqui também, a importância das ações judiciais como um “canal legítimo de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos à medida que o Estado não implementa de maneira adequada as políticas públicas” (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1847). Contudo, o estudo demonstra que a forma como o Poder Judiciário, holisticamente considerado, vem atuando nas políticas públicas de saúde acaba por quebrar o postulado central do Sistema Único de Saúde: a equidade. Nesse sentido, a pesquisa em comento demonstrou que “aproximadamente 74% dos pacientes residem em áreas pertencentes aos estratos

1, 2 e 3; [...] Considerando apenas os estratos 1 e 2, os mais bem aquinhoados da população, a diferença entre a parcela atendida pelas ações judiciais é o dobro da sua distribuição na população geral”¹⁶. Em razão desses dados, dentro outros, que as pesquisadoras afirmam que:

Em razão disso, as demandas judiciais estão ferindo o princípio da equidade do SUS, ou seja, as ações judiciais não estão fornecendo medicamentos a quem utiliza exclusiva ou preferencialmente o sistema público de saúde e depende do fornecimento gratuito de medicamentos, exatamente as pessoas residentes nos estratos de vulnerabilidade mais alta. Nesses estratos de maior vulnerabilidade, os setores apresentam nível médio e baixo na dimensão sócio-econômica, com baixa escolaridade e menores médias de rendimentos do responsável pelo domicílio.

[...]

A análise da distribuição dos processos por estrato do IPVS de residência dos solicitantes e por tipo de medicamento solicitado, bem como a classificação de residência dos pacientes pelo IPVS reforçam a hipótese de que a interferência do Poder Judiciário na política de saúde rompe com o princípio da equidade ao favorecer as demandas dos que menos necessitam, em detrimento daqueles que só podem contar com o sistema público de saúde, ampliando a inequidade já existente. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1846-1847)

As constatações das pesquisadoras Chieffi e Barata mostram que a “exigência de padrões mínimos de igualdade” (SADEK, 2013, p. 3-ss.) de que fala Sadek pode acabar por deslegitimar, agora sob a perspectiva político-pragmática, a interferência do Judiciário nesse cenário – exatamente conforme defendem Grinover, Zaneti e Sadek.

Igualmente, nos chama atenção a afirmativa de Wang e Ferraz de que o SUS tem duas portas. A informação que trazem é de que a judicialização da saúde custou aos cofres federais quase R\$ 1 bilhão no ano de 2013, e que esses valores

¹⁶ Apresentando dados semelhantes, v.: “Até o momento, o quadro geral no Brasil (FERRAZ, 2011a, 2011b) indica que o litígio concentra-se amplamente em estados, municípios e bairros com indicadores socioeconômicos e, conseqüentemente, condições de saúde relativamente melhores. Alguns estudos mostram que grande parcela dos gastos do governo com litígio diz respeito a tratamentos individuais, em geral medicamentos importados e, em sua maioria, caros, para tratar condições que, argumenta-se, não são prioritárias para a maioria da população atendida pelo sistema público de saúde (VIEIRA e ZUCCHI, 2007; CHIEFFI e BARATA, 2009; MAESTADT, RAKNER, FERRAZ, 2011; NORHEIM e GLOPPEN, 2011). Ademais, há uma forte evidência empírica indicando que, na maioria dessas localidades, litigantes que reivindicam judicialmente tratamentos de saúde tendem a vir de origens privilegiadas (VIEIRA e ZUCCHI, 2007; SILVA e TERRAZAS, 2011; CHIEFFI e BARATA, 2009; MACHADO et al., 2010; MACEDO, LOPES, BARBERATOFILHO, 2011; PEREIRA et al, 2010; SANTOS, 2006).” Cf. Ferraz e Wang (2013).

são debitados precisamente na previsão orçamentária para a saúde pública. Também por essa razão que afirmam que:

A judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando um SUS de duas portas: uma para aqueles que vão ao Judiciário, para quem “a vida não tem preço” e conseguem assim acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; outra para o resto da população, que, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta. (FERRAZ; WANG, 2013)

De se concluir, portanto, que a judicialização de políticas públicas é discutível não apenas pela linguagem estritamente jurídica de referenciais como “ativismo judicial”, “tripartição de poderes” e “positivismo jurídico”; é discutível, igualmente, por pesquisadores que duelam argumentos a partir de referenciais fincados muito além dos altos muros do Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que aqui procuramos demonstrar é que, numa Democracia constitucional complexa como a nossa, as soluções não se encontram num nobre, ilusório e togado guardião da República. O Judiciário deve, inclusive para preservar sua legitimidade, buscar quedar-se, tanto quanto possível e ainda que sempre desperto, afastado das disputas políticas entre sociedade civil e o grupo de representantes eleitos. O amadurecimento democrático depende de lutas e pressões políticas, sempre dentro das “regras do jogo”, por óbvio.

Que uma coisa fique bem clara: não estamos aqui a defender um Judiciário apático; tanto menos frente a uma República de modernidade tardia (Streck) como a nossa e de um texto constitucional sobejamente analítico que carrega um feixe inesgotável de direitos em um contexto de intermitentes crises sócio-econômicas, bem como, da chaga nacional que chamamos miséria, essa velha conhecida tão difícil de ser deixada na história (JORNAL ZERO HORA, 2014).

O que aqui se defende, contudo, é que “em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito” (STRECK, 2014a, p. 178). Nenhuma política pública deveria se resumir ao produto

de uma decisão judicial, circunstância que, por absoluta ilegitimidade, afeta “as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro” (TASSINARI, 2013, p. 27).

A tarefa do Poder Judiciário, portanto, é desafiadora. Deve, num contexto de pós-positivismo em que se vê obrigado a sustentar-se em discursos de aplicação passíveis de controle intersubjetivo (STRECK, 2010), manter-se atento à força normativa do texto da Constituição da República – respeitando sempre a alteridade do texto –, sem, contudo, usurpar ilegitimamente a competência política dos demais Poderes constituídos.

Para encerrar essa breve caminhada, recorremos a Vázquez Sotelo que, por sua vez, lança mão da mitologia clássica para, tão bem, ilustrar o labor jurisdicional . . . *verbis*:

Dédalo y su hijo Icaro estaban encerrados en el laberinto. Para intentar salir el hábil Dédalo fabricó unas alas de cera que permitirían volar sobre el mar. Y advirtió a Icaro: no vuelas muy pegado al mar porque las olas te impedirían avanzar y en el vuelo tampoco te elevés en exceso porque si te acercas demasiado al sol las alas pueden derretirse y te caerías al agua. Icaro no siguió bien el consejo y con la ilusión de volar se acercó en exceso al sol que derritió sus alas cayendo sobre el mar sin poder concluir su viaje. Ese es también el peligro de la Jurisprudencia, tanto si permanece encerrada o conservada en exceso como si cambia y se modifica con frivolidad. Ni en un caso ni en otro podrá concluir su viaje a esas dos estaciones de término que son la certeza de las respuestas judiciales y el progreso del Derecho. (VÁSQUEZ SOTELO, 1998, p. 382)

Nem tão ao mar, nem tão ao sol. Que o Judiciário brasileiro encontre seu caminho sob a sombra da legitimidade institucional e com olhos na força normativa da Constituição da República e na Democracia.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Palestra UniCEUB. **Exposição oral**: Judicialização e Ativismo Judicial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=idAWyb9QGDs>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização de política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Disciplina “Cultura Política e Direitos” ministrada no curso de Mestrado em Direito no UniCEUB**, 2014. Notas de aula.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei Liang. Atendendo aos mais necessitados? Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. Original em inglês. Traduzido por Thiago Amparo. **Conectas Direitos Humanos**, São Paulo, Edição V. 10, n. 18, Jun./2013. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/18/1000439-atendendo-os-mais-necessitados-acesso-a-justica-e-o-papel-de-defensores-e-promotores-publicos-no-litigio-sobre-direito-a-saude-na-cidade-de-sao-paulo>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei Liang. As duas portas do SUS. **Folha de S.Paulo**, 19.06.2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/06/1472761octavioferrazedanielwangasduasportasdosus.Shtml>>. Acesso em: 30 de março de 2015.

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança; PÁDUA, Thiago Aguiar; OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. A outra realidade: o panconstitucionalismo nos Isteites. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 587-604.

FOLHA DE S.PAULO, Caderno Poder, Indicado ao Supremo critica excesso de emendas à Constituição, 24.05.2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1284313-indicado-ao-stf-barroso-critica-excesso-de-emendas-a-constituicao.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed., refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

JORNAL ZERO HORA. Número de miseráveis cresce pela primeira vez em 10 anos: aumento da população abaixo da linha de extrema pobre aumentou 3,68% de 2003 a 2013. **Jornal Zero Hora**. 05.11.2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/numero-de-miseraveis-cresce-pela-primeira-vez-em-10-anos-4636709.html>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

LUCHETE, Felipe. Judicialização da Vida: “Só tema chinfrim não pode ser levado ao Supremo”, critica Barroso. **Conjur**, 09.08.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/tema-chinfrim-nao-levado-supremo-critica-barroso>>.

RODRIGUES, Fernando. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. **Folha de S.Paulo**. 22.12.2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena política: um olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: “você é um positivista”. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. O Realismo ou “Quando Tudo Pode Ser Inconstitucional”. **Conjur**. 02.01.2014b. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo Tribunal deve julgar por princípios ou por políticas?. *In*: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013c.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014c.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO LIMA, Martonio Mont’Alverne. Lei de políticas públicas é Estado Social a golpe de caneta? **Conjur**. 10.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. A jurisprudência vinculante na ‘*common law*’ e na ‘*civil law*’. **XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (Brasília)**. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: IEBT, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras Judiciales**. República Dominicana: comissionado de apoyo a la reforma e modernizacion de la justicia, 2007.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: UM BREVE PANORAMA HISTÓRICO-COMPARATIVO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E DO AMPARO LATINO-AMERICANO¹

CONSTITUTIONAL WRITS IN LATIN AMERICA: A BRIEF HISTORICAL-COMPARATIVE
PROSPECT OF GUARANTEES IN BRAZIL AND THE LATIN AMERICAN ACTION OF “AMPARO”

Luís Fernando Sgarbossa²

Geziela Iensue³

Resumo

O tema dos remédios ou garantias fundamentais é um capítulo extremamente relevante do estudo do Direito Processual Constitucional. No entanto, o excessivo enfoque na ordem jurídica nacional impede uma compreensão crítica mais profunda sobre as instituições da jurisdição constitucional das liberdades. O presente artigo propõe-se a realizar uma breve exploração, por meio dos métodos histórico e comparativo, dos remédios ou garantias fundamentais no Brasil e na América Latina. Após um resgate histórico do desenvolvimento dos remédios constitucionais no direito brasileiro o presente estudo expõe o instituto do amparo, remédio fundamental de origem mexicana e difundido por toda a América Latina, ressaltando semelhanças e diferenças com as garantias constitucionais brasileiras. Particular atenção é dedicada ao problema da oponibilidade dos remédios constitucionais em face de particulares, na busca de fomentar uma reflexão crítica sobre os institutos do processo constitucional brasileiro destinado à tutela de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Garantias fundamentais. Brasil. América Latina. Amparo.

¹ Artigo submetido em 08/12/2015, pareceres de aprovação em 02/02/2016 e 10/02/2016, aprovação comunicada em 18/02/2016.

² Professor permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Professor Adjunto A da Faculdade de Direito da UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. E-mail: <fernandosgarbossa@terra.com.br>.

³ Pesquisadora bolsista de Desenvolvimento Científico Regional da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul – FUNDECT em parceria com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, nível C, vinculada ao Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Professora voluntária da graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. E-mail: <igeziela@gmail.com>.

Abstract

The subject of constitutional writs is an extremely important chapter in the study of Constitutional Law. However, excessive focus on national law prevents a deeper critical understanding of these institutions. This paper seeks to explore, from the historical and comparative methods, the constitutional remedies in Brazil and Latin America. After a brief historical review of the development of constitutional remedies in Brazilian constitutional law this study exposes the action of “amparo”, originated in Mexican constitutional law and spread throughout Latin America, highlighting similarities and differences with Brazilian constitutional guarantees. Particular attention is given to the problem of enforceability of constitutional remedies in the face of private, seeking to promote a critical reflection on the institutes of the Brazilian constitutional law for the protection of fundamental rights.

Keywords: Constitutional writs. Brazil. Latin America. Action of “Amparo”.

Sumário: 1. Introdução. 2. Garantias ou remédios fundamentais. 3. Desenvolvimento histórico dos remédios constitucionais no Brasil. 3.1. Direito de petição. 3.2. Habeas corpus. 3.3. Mandado de segurança. 3.4 Habeas data. 3.5 Mandado de injunção. 4. O Amparo latino-americano. 5. Conclusão. 6. Referências.

6 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a explorar brevemente a temática dos remédios e garantias constitucionais no Brasil e na América Latina em uma perspectiva histórica e comparada. Após abordar a polissemia das expressões garantias fundamentais, garantias constitucionais e análogas, far-se-á um breve histórico do surgimento e desenvolvimento dos remédios constitucionais na ordem jurídica brasileira, desde a Constituição do Império de 1824 até a vigente Constituição Federal de 1988.

Em seguida buscar-se-á traçar um panorama comparativo dos remédios e garantias fundamentais brasileiros com o instituto do amparo, remédio constitucional de origem mexicana difundido em praticamente todos os Estados latino-americanos, bem como introduzido em ordenamentos jurídicos da Europa, Ásia e África.

Ao final buscar-se-á demonstrar algumas das semelhanças e diferenças existentes entre o instituto do amparo e as garantias fundamentais previstas em nosso ordenamento, com atenção particular no aspecto relativo à sua eficácia horizontal ou oponibilidade contra particulares.

No presente estudo não será possível um aprofundamento detalhado do instituto do amparo, tendo em vista as peculiaridades de cada ordenamento nacional

latino-americano que o recebeu. Tampouco serão abordados institutos importantes da jurisdição constitucional das liberdades do direito europeu, ressalvadas menções ocasionais a título de enriquecimento da abordagem.

7 GARANTIAS OU REMÉDIOS FUNDAMENTAIS

A terminologia da doutrina constitucionalista não é pacífica quanto ao conceito de garantias constitucionais ou garantias fundamentais, bem como de remédios constitucionais, verificando-se certa imprecisão conceitual e pluralidade terminológica. (SILVA, 2011)⁴.

Para fins do presente estudo considerar-se-ão abrangidos pela expressão garantias fundamentais os instrumentos jurídicos de tutela dos direitos fundamentais. Assim, ao conceito de garantia fundamental correspondem os mecanismos e institutos jurídicos especificamente destinados à tutela dos direitos fundamentais, como os *writs* constitucionais clássicos, abrangendo ainda os mecanismos de tutela extrajudicial dos direitos fundamentais, como o direito de petição.⁵

A conexão entre direitos e garantias fundamentais é íntima, e independentemente das discussões que permeiam a temática relativa à conceituação dos direitos fundamentais (SARLET, 2012), interessa aqui examinar alguns de seus princípios e caracteres que serão particularmente relevantes para a análise de sua tutela judicial e extrajudicial e, portanto, para o estudo das garantias fundamentais.

De se recordar especialmente o princípio da tutela jurídica, que se traduz na exigência de que o Estado proveja meios eficazes e satisfatórios para prevenir ou

⁴ A distinção radica naquilo que Calogero Pizzolo (2006, p. 115-117) denomina “via do reconhecimento” e “via da proteção”. Assim, alguns autores distinguem as garantias constitucionais em garantias constitucionais gerais e especiais. (SILVA, 2011). Outros autores falam em garantias institucionais. (BONAVIDES, 2008). Quanto à expressão remédios constitucionais, parece possível perfilar a corrente de entendimento segundo a qual direitos constituiriam disposições declaratórias e garantias disposições assecuratórias das primeiras, ressalvando-se o caráter tênue e em certa medida ambíguo da distinção.

⁵ Acompanha-se aqui a doutrina de Ivo Dantas (2007), ao falar em garantias fundamentais ou remédios constitucionais, componentes da Jurisdição Constitucional das Liberdades, imprescindível para a eficácia e concretização dos direitos fundamentais. Sobre a jurisdição constitucional das liberdades na Europa remete-se ao clássico estudo de Mauro Cappelletti, (1961).

reparar violações a direitos fundamentais. Tal princípio implica, para além de um mero acesso aos tribunais, um direito à tutela jurisdicional efetiva, através do *due process of law* em sua dupla dimensão – processual e substantiva⁶ –, considerado verdadeira materialização do princípio estruturante do Estado de Direito, como ensina Canotilho (2003).

Entre as funções apontadas pela doutrina relativamente aos direitos fundamentais particularmente relevantes para o presente estudo destacam-se a função da prestação social e a função de proteção perante terceiros (CANOTILHO, 2003). Da primeira decorre que a tutela satisfatória dos direitos fundamentais, quaisquer que sejam, dependerá não apenas de abstenções, mas especialmente de ações e de prestações estatais.⁷

A função de proteção perante terceiros, por sua vez, conduz ao delicado e importante tema da eficácia horizontal ou interprivada dos direitos fundamentais. A partir da constatação da possibilidade e da concreta ocorrência de violações de direitos fundamentais por particulares, a doutrina tem desenvolvido e a jurisprudência em certa medida acolhido a possibilidade da oponibilidade de direitos – e garantias – fundamentais a particulares, e da incidência de direitos fundamentais em relações entre particulares (MEDINA, 2010)⁸.

⁶ Para uma interessante análise histórica do desenvolvimento e das dimensões do *due process of law*, remete-se à monografia de Sebastião Tavares (2008) sobre o tema.

⁷ Assim, a criação de instituições e a disponibilização de meios e recursos necessários à tutela eficaz dos direitos fundamentais revelam-se imprescindíveis à prevenção ou reparação, quando possível, de sua violação. Daí a importância de algumas características dos remédios fundamentais que serão analisadas adiante, como a gratuidade, a eventual derrogação da exigência de capacidade postulatória, a sumariedade, a prioridade, a simplicidade ou informalidade, e a adequada estruturação de tribunais e a criação de órgãos como a defensoria pública. (CANOTILHO, 2003).

⁸ Como é sabido diversas correntes de pensamento se formaram em torno do problema da eficácia interprivada dos direitos fundamentais, estruturando-se em torno de concepções teóricas como as que sustentam a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, as que sustentam sua aplicabilidade imediata, bem como as teorias da imputação ao Estado e outras teorias ecléticas. Sobre o tema, remete-se a Steinmetz, 2004. Silva, 2011; Canaris, 2003, entre outros. O problema da eficácia perante particulares é relevante não apenas para os direitos fundamentais, mas também para as garantias fundamentais, dentro de certos limites. Assim, exemplificativamente, a possibilidade excepcional de impetração de *habeas corpus* contra ato de particular ou a admissão do amparo constitucional contra particulares são questões particularmente interessantes às quais se retornará adiante. Vejam-se, exemplificativamente, os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais em RT 574/400 e 577/329, acerca

Feitas estas brevíssimas considerações sobre as garantias fundamentais ou remédios constitucionais e sua conexão instrumental para com os direitos fundamentais, convém revisar brevemente o desenvolvimento histórico dos referidos institutos no Direito Constitucional brasileiro para, após, cotejá-los com a instituição paralela denominada Amparo.

8 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

O presente item pretende analisar sinteticamente o desenvolvimento histórico dos remédios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e as principais características de cada um. Aqui examinar-se-ão alguns aspectos centrais relativos ao direito de petição, ao *habeas corpus*, ao mandado de segurança, ao *habeas data* e ao mandado de injunção.⁹

8.1 Direito de petição

As origens do direito de petição remontam, no mínimo, ao *Bill of Rights* inglês de 1689, tendo sido difundido para diversos documentos e instrumentos, como a Declaração da Pensilvânia de 1776 e as constituições francesas de 1791 e 1793 (SILVA, 2011).

No Brasil encontrava-se previsto já na Constituição do Império de 1824, em seu artigo 179, inciso XXX. O remédio manteve-se em todas as constituições brasileiras posteriores, sendo previsto na primeira Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 9º), na de 1934 (art. 113, 10), de 1937 (art. 112, 7), de 1946 (art. 141 § 37), de 1968 (art. 150 § 30), na de 1969 (art. 153 § 30) e na de 1988 (art. 5º, XXXIV, “a”).

de recusa em autorizar a saída de paciente de hospital onde estava internado antes do pagamento da conta e internação em clínica geriátrica, pelo filho, de pais idosos, contra a vontade destes, respectivamente. Na América do Sul particular destaque cabe ao famoso precedente conhecido como caso Samuel Kot, julgado na Argentina no ano de 1958. (PIZZOLO, 2006); (FERRER MAC-GREGOR, 2006, p. 174-198).

⁹ Sobre o desenvolvimento histórico das garantias constitucionais no Brasil veja-se Dantas, 2007, especialmente páginas 108 e seguintes.

Como é sabido, o direito de petição consiste na faculdade de se dirigir a qualquer autoridade pública apresentando petições, representações, reclamações e queixas em defesa de direitos, da constituição, das leis ou do interesse geral (SILVA, 2011).¹⁰

O direito de petição comporta as modalidades individual e coletiva, tendo cabimento contra ilegalidade ou abuso de poder e, como prerrogativa democrática que é, caracteriza-se pela gratuidade e informalidade.¹¹

É sabido que, em função de sua natureza de garantia constitucional e de seu caráter extrajudicial, a capacidade postulatória revela-se desnecessária, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, a jurisprudência brasileira posiciona-se no sentido de que o direito de petição não pode constituir sucedâneo de ação penal, nem de ação rescisória, sendo inconfundível com o direito de ação.^{12/13}

8.2 *Habeas corpus*

Este é outro *writ* constitucional cuja origem remonta à Inglaterra medieval, sendo considerado o primeiro remédio constitucional (PIZZOLO, 2006), e cujo amplo escopo inicial tornava-o cabível até mesmo em matéria cível, inclusive no direito inglês (SIQUEIRA JR, 2010).¹⁴

¹⁰ A doutrina aponta para um duplo caráter do direito de petição, a saber, o de uma queixa ou reclamação e o de instrumento de manifestação da liberdade de opinião. O titular de tal garantia constitucional é qualquer pessoa, podendo sê-lo inclusive os estrangeiros; o destinatário, por sua vez, é qualquer autoridade pública.

¹¹ Importante observar, portanto, que tal garantia fundamental compreende direito a uma resposta em prazo razoável, esteja tal disposição expressa (como é o caso da Constituição da República Portuguesa de 1976, art. 52, 1) ou não, sob pena de completa descaracterização do instituto. A doutrina considera a omissão sanável por meio de mandado de segurança. (SILVA, 2011).

¹² STF, Inq. 1111-8/BA e art. 5º, LIX; AI 233.712 AgR-AgR; STF, Ag. Rg. Pet. 762/BA.

¹³ Convém recordar ainda que o direito de petição vincula-se com uma importante instituição do Direito Processual Constitucional, a reclamação constitucional. A doutrina aponta o direito de petição, bem como o princípio da competência da competência como fundamentos daquele instituto de origem pretoriana e posterior consagração constitucional e legal, cuja finalidade é preservar a autoridade das decisões dos Tribunais ou combater a invasão de suas competências, cassando e anulando decisões de órgãos inferiores que incidam nas referidas condutas. Constituição Federal, art. 102, I, "f", art. 105, I, "f" e, ainda, art. 103-A, § 3º, bem como Lei n. 8.038/90, arts. 13 a 18. (MEDINA, 2010)

¹⁴ Originalmente constituía um modo de levar alguém perante o tribunal, donde seu amplo cabimento e suas várias modalidades na Inglaterra. Naquele país foi o *Habeas Corpus Amendment Act* de

O remédio constitucional do *habeas corpus* é um dos mais antigos do ordenamento jurídico brasileiro e em vários países latino-americanos (PIZZOLO, 2006). Embora previsto sob a Constituição do Império em nível infraconstitucional¹⁵, ganhou assento constitucional a partir da primeira Constituição da República, de 1891 (art. 72 § 22), tendo sido repetido desde então em todas as constituições posteriores (SIQUEIRA JR, 2010).¹⁶

Originalmente o instituto no Brasil era dotado de um escopo bastante amplo, o que originou a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que o compreendia como um remédio tutelar de direitos subjetivos de qualquer natureza, doutrina esta que influenciou inclusive outros países latino-americanos (MEDINA, 2010; SIQUEIRA JR, 2010; SILVA, 2011).¹⁷

Foi a partir de 1926 que, em virtude de uma Emenda à Constituição então vigente, que o instituto conheceu uma redução de escopo, passando a ser compreendido como um remédio destinado a tutelar apenas a liberdade de locomoção, e passando a ser considerado instituto com natureza jurídica de uma ação penal constitucional (SILVA, 2011).

O objeto atualmente tutelado por tal remédio constitucional é a liberdade de locomoção em face de coação de qualquer natureza (SILVA, 2011), e ele ostenta diversas características relevantes para a compreensão e reflexão sobre os remédios constitucionais em geral.

Uma importante nota peculiar é sua oponibilidade a autoridade pública ou particular. Diversamente do mandado de segurança, cabível contra órgãos públicos

1678 que promoveu a redução de escopo, fazendo do instituto um instrumento de proteção da liberdade ambulatoria tão-somente – destino semelhante ao do instituto no Brasil, como se verá em seguida. (SILVA, 2011; SIQUEIRA JR, 2010).

¹⁵ Código Criminal de 1832, art. 340. Sob a Constituição Imperial houve quem sustentasse inclusive tratar-se de um remédio constitucional implícito, entre eles Pontes de Miranda e José de Alencar. (SILVA, 2011).

¹⁶ Assim, foi previsto na Constituição de 1934 (art. 113, 23); na Constituição de 1937 (art. 122, 16); na Constituição de 1946 (art. 141 § 23); na Constituição de 1967 (art. 150 § 20); na Constituição de 1969 (art. 153 § 20); e, finalmente, na vigente Constituição de 1988 (art. 5, LXVIII). Ressalve-se que a garantia fundamental foi parcialmente suspensa após 1968 pelo Ato Institucional n. 5, art. 10. Sob a ordem constitucional instaurada pela Constituição da República de 1988, o instituto do *habeas corpus* encontra assento constitucional no art. 5º, LXVIII, sendo regulado principalmente no Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689/41 (arts. 647-667). (MEDINA, 2010)

¹⁷ Rui Barbosa se notabilizou ao sustentar o cabimento do *habeas corpus* relativamente a qualquer caso de ameaça ou violação de direitos por abuso de poder ou ilegalidade, tendo inclusive utilizando-o com êxito por diversas vezes, tendo suas teses sido acolhidas inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. (MEDINA, 2010).

ou a eles legalmente equiparados, o *habeas corpus* tem sido admitido inclusive contra particulares, ainda que excepcionalmente, registrando a jurisprudência brasileira casos interessantes.

Outro aspecto relevante é o fato de que não se exige o requisito do interesse de agir para a legitimação ativa¹⁸, podendo ser impetrado por qualquer pessoa em favor do paciente, além de existir a possibilidade de concessão *ex officio*, características decorrem de sua natureza de ação popular (SIQUEIRA JR., 2010).

Ainda há que se observar que tal remédio constitucional dispensa capacidade postulatória¹⁹, o que visa favorecer a tutela judicial da liberdade, juntamente com as características do informalismo e da urgência que caracterizam o instituto.

O menor rigor formal decorre da natureza da ação e de seu objeto, a saber, ação penal constitucional visando à tutela preventiva ou reparadora de ameaça ou lesão ao direito de ir e vir constitucionalmente tutelado por ato abusivo ou ilegal.²⁰

8.3 Mandado de segurança

O mandado de segurança consiste em remédio constitucional criado pela Constituição da República de 1934 (art. 113, 33) estando presente em praticamente todas as demais²¹, exceto a de 1937.²²

¹⁸ Art. 654 do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁹ Lei n. 8.906/94, art. 1º § 1º.

²⁰ Embora haja restrição constitucionalmente prevista para o cabimento do remédio quanto a punições disciplinares militares (Constituição Federal de 1988 art. 142 § 2º), há que se observar, no entanto, que a restrição constitucional referida impede que através do *habeas corpus* se possibilite o exame da punição disciplinar quanto ao mérito, mas não quanto à legalidade. Desse modo mesmo as punições disciplinares militares podem ser objeto de impetração do remédio em estudo em casos de ilegalidade, como, exemplificativamente, violação da competência, excesso de prazo, violação do devido processo legal, entre outros. (MEDINA, 2010); (SIQUEIRA JR., 2010).

²¹ Assim fez-se presente no texto constitucional, portanto, na Constituição de 1946 (art. 141 § 24); na Constituição de 1967 (art. 150 § 21); na Constituição de 1969 (art. 153 § 21); e na vigente Constituição da República.

²² Os mandados de segurança seguiam o mesmo procedimento do *habeas corpus* até o ano de 1936, quando, a partir da entrada em vigor da Lei 191/36 passaram a observar o procedimento próprio nela previsto. Sob a Constituição de 1937, silente a seu respeito, o remédio constitucional permaneceu em vigor, regulado seu procedimento pela Lei n. 191/36 e, posteriormente, regulado

A Constituição de 1988 reiterou a previsão do mandado de segurança individual em seu art. 5º, inciso LXIX, e inovou na matéria, ao instituir uma nova modalidade do remédio, a saber, o mandado de segurança coletivo, no mesmo art. 5º, inciso LXX (SILVA, 2011).

Há importantes precedentes relativamente à criação do mandado de segurança individual pelo constituinte em 1934, nomeadamente a doutrina da proteção possessória dos direitos pessoais²³ e a já referida doutrina brasileira do *habeas corpus* (MEDINA, 2010).²⁴

Trata-se de uma ação constitucional especial de tutela de direitos individuais ou coletivos cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo (MEDINA, 2010). Ostenta natureza jurídica de ação civil constitucional que visa obter a concessão de segurança, consistente em ordem judicial para fazer cessar coação ilegal ou abusiva, lesiva a direito líquido e certo, ou impedir sua ocorrência (SIQUEIRA JR., 2010).²⁵

O mandado de segurança individual possui como legitimados ativos pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, desde que sejam as próprias titulares do direito líquido e certo violado ou ameaçado (MEDINA, 2010).²⁶

A legitimidade passiva compreende autoridades públicas ou agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, ou ainda pessoas naturais

pelo Código de Processo Civil, Lei n. 1.608/39. Após passou a ser regulado pela Lei n. 1.533/51 e, mais recentemente, pela Lei n. 12.016/2009.

²³ Trata-se da célebre tese sustentada por Rui Barbosa no interdito possessório manejado no caso da Escola Politécnica do Rio de Janeiro em 1896. (MEDINA, 2010).

²⁴ Quanto às diferentes variações desta há que se distinguir entre as posições da acepção lata do *habeas corpus*, sustentada pelo Ministro Enéas Galvão, e a denominada “teoria do direito escopo”, que exige o requisito do nexa com liberdade de locomoção, na esteira de entendimento sufragado pelo Ministro Pedro Lessa. Tal doutrina, como já afirmado, obteve inclusive reconhecimento pretoriano, notadamente no período compreendido entre os anos de 1909 e de 1926, tendo sido utilizada para a defesa de direitos políticos, da liberdade de imprensa, de prerrogativas funcionais, da composição de Assembleias Legislativas e até mesmo para garantir a posse de Governadores. São célebres os casos de *habeas corpus* manejados pelos governadores Nilo Peçanha, no ano de 1914, e Raul Fernandes, no ano de 1923, ambos do Estado do Rio de Janeiro. (MEDINA, 2010).

²⁵ Sobre a possibilidade de manejo de mandado de segurança para combater ato inconstitucional veja-se Dantas, 2007, p. 446 e ss. Sobre a possibilidade de manejo do *writ* contra a coisa julgada inconstitucional, veja-se a mesma obra, pp. 586 e ss.

²⁶ Há previsão de hipóteses de substituição processual como aquela prevista no art. 3º de Lei n. 12.016/09 e, ainda, legitimação extraordinária na hipótese de mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX do art. 5º da Constituição da República.

atuando no exercício de atribuições do poder público (Lei n. 12.016/09, art. 1º § 1º), sendo o remédio constitucional considerado inoponível contra atos de particulares (SIQUEIRA JR., 2010).²⁷ O mandado de segurança individual ou coletivo pode ser manejado contra atos comissivos ou contra omissões, podendo ser preventivo ou repressivo.²⁸

A sentença proferida em sede de mandado de segurança ostenta natureza executória (SIQUEIRA JR., 2010) e mesmo quando presente conteúdo declaratório possui consequência ou objetivo executório, como, por exemplo, os mandados de segurança envolvendo matéria tributária.

A Lei n. 12.016/09 prevê prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, salvo relações jurídicas continuativas ou de trato sucessivo, cujos períodos se renovam periodicamente²⁹. Referida lei estabelece um procedimento sumaríssimo e escrito, com prioridade sobre todos os demais, exceto *habeas corpus* (art. 7º, § 4º e 20), na esteira do que já previa a legislação anterior.

O mandado de segurança não comporta dilação probatória, tampouco a produção de prova testemunhal, tendo sido admitida apenas e tão-somente prova exclusivamente documental.^{30/31}

²⁷ Excetuada a hipótese dos partidos políticos, conforme previsto expressamente pelo art. 1º § 1º da Lei n. 12.016/99. (MEDINA, 2010).

²⁸ O mandado de segurança preventivo exige, para seu cabimento, que reste evidenciado justo receio ou ameaça concreta, e não meras ilações, conjecturas ou temores do titular do direito. A jurisprudência consolidada não admite mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266 STF), e considera que o remédio constitucional não pode ser usado como sucedâneo de recurso. Quanto ao mandado de segurança coletivo, debate-se a doutrina sobre a eventual necessidade de autorização dos associados, nos termos do art. 5º, inciso XXI da Constituição. A melhor orientação parece consistir naquela que considera a autorização necessária para a tutela de direitos subjetivos individuais, mas dispensável para a tutela de direitos coletivos. Quanto aos partidos políticos, legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo, há discussão sobre serem legítimos para a propositura do remédio apenas na defesa do interesse de seus membros ou na de qualquer cidadão. No que diz respeito a tal problema, parece mais adequado sustentar tratar-se de instrumento hábil para a defesa dos direitos subjetivos dos associados assim como de direitos difusos ou coletivos.

²⁹ O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento sobre a constitucionalidade do prazo decadencial, editando a Súmula n. 632.

³⁰ Embora a lei de regência do instituto preveja hipótese especial de exibição de documento em seu art. 6º §§ 1º e 2º.

³¹ Há a previsão de concessão de liminar, desde que presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Os efeitos da liminar não cassada nem revogada produzem-se até a superveniência de sentença concessiva ou denegatória da segurança, e a liminar se sujeita a perempção ou caducidade a ser declarada *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público. V. arts. 2º e 7º III e § 3º, bem como o art. 15 e §§ 1º e 2º da Lei 12.016/2009.

A sentença concessiva da segurança ostenta natureza mandamental, consistindo em ordem para fazer cessar a coação ou se abster de praticar o ato – ou para praticá-lo, caso objete omissão ilegal ou abusiva.³²

8.4 *Habeas data*

O *habeas data* consiste em garantia fundamental criada pela Constituição Federal de 1988, que o previu em seu art. 5º, inciso LXXII, ao lado de outras inovações, como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção (SIQUEIRA JR., 2010; MEDINA, 2010).³³

O remédio tem cabimento com vistas ao conhecimento de informações sobre a pessoa do impetrante, a retificação de tais informações ou, ainda, a anotação de explicação ou contestação sobre fatos constantes do registro, sempre relativamente a bancos de dados públicos ou de caráter público (MEDINA, 2010).

A legitimidade ativa cabe à pessoa a quem se referirem as informações, entendendo a doutrina tratar-se de ação personalíssima e, portanto, intransmissível (SILVA, 2011). Pode o *habeas data* ser manejado por pessoa natural ou jurídica (Súmula 227 STJ), brasileira ou estrangeira (SIQUEIRA JR., 2010).³⁴

³² Observe-se a exceção constante do art. 14 § 4º da Lei de regência do instituto. Em virtude da natureza mandamental da ação, sua execução se dá *ex officio* e independente de caução. Quanto à natureza jurídica desta ação constitucional, debate-se a doutrina. Para Pontes de Miranda, adepto da teoria quádrupla de Kuttner e Goldschmidt, a ação ostentaria natureza mandamental. Há quem entenda que o pedido que define a natureza, que pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória, mas parece ser correto entender que o teor mandamental prevalece sobre eventual teor declaratório, constitutivo ou condenatório secundário, pois a prestação jurisdicional pretendida com o manejo do *writ* é exatamente a obtenção de um mandamento cujo descumprimento caracteriza crime de desobediência, ensejando além da responsabilidade penal, responsabilidade administrativa, civil e, eventualmente, político-administrativa, podendo caracterizar crime de responsabilidade. Sobre a discussão veja-se Medina, 2010; e Siqueira Jr., 2010.

³³ No Brasil o *habeas data*, ao lado do *habeas corpus* e do mandado de segurança forma um conjunto de instrumentos constitucionais para a garantia de direitos fundamentais através de tutela jurisdicional urgente e imediata que Calogero Pizzolo chama de tríade garantista. (PIZZOLO, 2006). De acordo com a doutrina, o instituto possui inspiração nas constituições portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978, havendo previsão de instituto análogo em outras constituições, como as da Argentina, do Peru, do Equador, da Venezuela e do Paraguai. (MEDINA, 2010). Sobre o *habeas data* no direito venezuelano, veja-se Bazán, 2005, p. 43-109.

³⁴ A lei de regência do remédio estabelece um procedimento administrativo prévio em seus artigos 2º a 4º, exigindo-se a prova da recusa (art. 8º) para restar caracterizado o interesse de agir. A competência para o processo e julgamento é definida segundo o foro da autoridade coatora.

A Lei n. 9.507/97 regula o procedimento do *habeas data* nos artigos 8º a 15, estabelecendo um procedimento escrito, concentrado e sumaríssimo, análogo ao do mandado de segurança (SIQUEIRA JR., 2010).³⁵

Os processos de *habeas data* gozam de prioridade sobre todos os demais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança. O manejo deste remédio constitucional exige prova pré-constituída, com comprovação documental de plano, não admitindo dilação probatória.³⁶

A natureza da ação é mandamental, uma vez que o impetrante objetiva obter a prolação de ordem judicial que dispensa atos processuais executórios e cujo descumprimento enseja responsabilidade da autoridade coatora (MEDINA, 2010).

8.5 Mandado de injunção

Este remédio constitucional constitui outra inovação da constituição de 1988, encontrando seu assento no art. 5º, inciso LXXI da mesma (SILVA, 2010). A modalidade coletiva é construção pretoriana que foi paulatinamente consagrada, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³⁷

O mandado de injunção pode ser proposto pelo titular de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstada por omissão inconstitucional relativa ao dever de regulamentar, seja pessoa natural, pessoa jurídica de direito público ou privado, e até mesmo entes despersonalizados (MEDINA, 2010).

Trata-se de mecanismo do controle difuso de constitucionalidade, cujo escopo é o de sanar a violação de direitos decorrente de omissão inconstitucional no

³⁵ O *habeas data* caracteriza-se pela gratuidade, constitucionalmente prevista (art. 5º, LXVII) e extensiva ao procedimento administrativo por disposição expressa da Lei 9.507/97, art. 21.

³⁶ A Lei n. 9.507/97 foi omissa quanto ao cabimento de liminar, o que gera dissenso doutrinário. Paulo Roberto Gouvêa Medina entende possível eventual antecipação de tutela (art. 273, I do Código de Processo Civil). (MEDINA, 2010).

³⁷ MI n. 20 e MI 361 (1994). A doutrina costuma apontar como as origens remotas do instituto a Inglaterra do século XIV, especialmente a atuação da jurisdição da *Equity*, exercida pelo Tribunal da Chancelaria, a partir da valoração dos elementos do caso e princípios de justiça material. Alguns buscam suas origens próximas Origens no *writ of injunction*, ação existente nos Estados Unidos da América, assim como na garantia da *Equal protection clause* (14ª Emenda à Constituição norte-americana de 1787). (MEDINA, 2010); (SILVA, 2010). A despeito de suposta inspiração no instituto denominado *writ of injunction* norte-americano e da semelhança nominal com este, a melhor orientação parece ser aquela que afirma serem inconfundíveis os institutos.

dever de regulamentar e ostentando, portanto, efeitos *inter partes* ou eventualmente coletivos, mas não gerais.³⁸

O objeto do mandado de injunção consiste na falta de norma regulamentadora de preceito constitucional e o objetivo do remédio é assegurar o pleno exercício de direitos, liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade (MEDINA, 2010).³⁹

Entre as posições sobre os efeitos do mandado de injunção encontram-se, sabidamente, a posição não concretista e as posições concretista mediata e imediata. Parece acertado o entendimento no sentido de que ao mandado de injunção deve ser conferida função normativa e concretizadora (SILVA, 2011).⁴⁰

A posição prevalecente entende que o mandado de injunção, por sua natureza, não comporta liminar, embora haja dissidência na doutrina. Os efeitos do julgamento no sentido da procedência do remédio constitucional são *ex nunc* ou irretroativos no que diz respeito a seu caráter constitutivo (SIQUEIRA JR., 2010).

Em virtude da ausência de regulamentação, até a presente data, do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, o procedimento adotado para o processo e julgamento do mandado de injunção tem sido o da Lei n. 12.016/2009, por analogia e por disposição expressa da Lei n. 8.038/1990 nesse sentido (art. 24) (MEDINA, 2010).

Em suma, o Direito Processual Constitucional brasileiro conta com um conjunto de remédios ou garantias, a maioria de natureza processual, que tutelam diversos direitos e liberdades fundamentais.

A maioria desses remédios ostentam características comuns a diversas instituições equivalentes no Direito Comparado, como a sumariedade, a

³⁸ Veja-se Dantas, 2007. Na versão coletiva são legitimados ativos os mesmos do mandado de segurança, quais sejam sindicato, entidade de classe, partido político (MI 369-6 DF).

³⁹ A jurisprudência tem assentado entendimento no sentido de que não cabe mandado de injunção para assegurar direito previsto em Lei Complementar ou direito previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (STF). A legitimidade passiva é do poder, órgão ou autoridade com poder de regulamentar, restringindo-se, portanto, a pessoas estatais. Os particulares não possuem legitimidade passiva em sede de mandado de injunção (MI 352-1/RS).

⁴⁰ É sabido que a jurisprudência do STF abandonou a orientação não concretista, adotando a orientação concretista, ora mediata, ora imediata. Consultem-se as célebres decisões do STF nos MI 107-3 DF (1989), MI 168-5/RS (1990), MI 283-3 DF (1991), MI 355-6 (1994), MI 232-1/RJ (2006), MI 670-ES (2006), MI 708-DF (2007). Veja-se Medina, 2010; Siqueira Jr., 2010.

informalidade, a prioridade e a gratuidade. Há, contudo, algumas limitações no que diz respeito à dispensa de capacidade postulatória, oponibilidade contra particulares e outros aspectos, que ficam ressaltados especialmente ao se examinar remédios constitucionais estrangeiros, como o Amparo latino-americano, que será objeto do item sucessivo.

9 O AMPARO LATINO-AMERICANO

Para examinar com maior profundidade a temática dos remédios constitucionais, após o breve esboço histórico traçado, convém abordar a jurisdição constitucional das liberdades por meio do método comparativo.

Para tanto, analisar-se-á sumariamente o instituto do amparo constitucional, de origem mexicana, um instrumento bastante amplo de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, que conheceu grande difusão ao longo dos séculos XIX e XX.⁴¹

O instituto do amparo origina-se no Direito Constitucional mexicano, sendo que posteriormente conheceu grande difusão pela América Latina, Europa e, mais recentemente, África e Ásia. Indicam-se comumente como seus antecedentes e inspiração o *Habeas Corpus Act* inglês de 1679, além da influência da Constituição norte-americana de 1781 e do célebre *leading case Marbury v. Madison*, de 1803. (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

A despeito de tal origem ser bastante difundida e celebrada, e sem recusar a evidente influência do Direito Constitucional norte-americano sobre o Direito Constitucional mexicano, há quem advirta para a influência de outros sistemas jurídicos na criação do instituto.

Héctor Fix-Zamudio, por exemplo, aponta para origens hispânicas da denominação do instituto, derivado, segundo ele e com base em Felipe Tena Ramírez, de instituições homônimas do direito castelhano e, ainda, nos processos

⁴¹ Renunciar-se-á, portanto, a qualquer pretensão mais ambiciosa, como uma que abrangesse os *writs* constitucionais anglo-americanos e os remédios constitucionais a Europa central, por inviabilidade de uma abordagem tão ampla no presente estudo. A escolha é em grande medida arbitrária, tendo por objetivo, como qualquer comparação jurídica, extrair conclusões a partir da comparação, consistentes em juízos de semelhança e dessemelhança que possam contribuir para ampliar o conhecimento do objeto, no caso, os remédios constitucionais cotejados.

forais do direito aragonês, institutos protetores dos direitos dos governados (FIX-ZAMUNDIO, 1993).⁴²

A criação do amparo é atribuída a Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá (1799-1849), jurista mexicano que foi autor do projeto de constituição do Estado de Yucatán de 1840, aprovado em 1841, e que previa e regulava o instituto em seus artigos 8º, 9º e 62. Posteriormente o instituto foi estabelecido em nível federal pelo artigo 25 do ato de reformas de 1847 e, posteriormente, na Constituição Federal de 1857 (arts. 101 e 102) e, finalmente, na atual Constituição de 1917 (arts. 103 e 107) (FERRER MAC-GREGOR, 2006; FIX-ZAMUNDIO, 1993).

O amparo foi recepcionado na América Central e na Espanha em um primeiro momento (século XIX e primeira metade do século XX), sendo recepcionado posteriormente em países da América do Sul, nomeadamente Argentina, Venezuela, Bolívia, Equador e Paraguai (décadas de 1950 e 1960) e, por fim, Peru, Chile, Uruguai, Colômbia e República Dominicana (décadas de 1970 a 1990). Mais recentemente conheceu difusão pelo leste europeu, África e Ásia (FERRER MAC-GREGOR, E. 2006).⁴³

O instituto mexicano é extremamente amplo em seu escopo, sendo possível identificar atualmente ao menos cinco dimensões, a saber, o denominado amparo liberdade – instituto que faz as vezes do *habeas corpus* – o amparo contra decisões judiciais – instituto equivalente ao recurso de cassação – o amparo contra leis – instituto de impugnação de inconstitucionalidade – o amparo como contencioso administrativo e, por fim, o amparo social, instrumento de proteção de camponeses e populações rurais, existente após o ano de 1963.⁴⁴

Alguns países latino-americanos em lugar de recepcionar o amparo acolheram acepção ampla do *habeas corpus*, como é o caso do Peru. Em outros países da América Latina o instituto não foi introduzido por ato legislativo, mas passou-se a depreendê-lo a partir da cláusula de recepção automática, como fazem a Argentina e República Dominicana, sendo que em alguns países, como a

⁴² Nesse sentido, e para aprofundar tal temática, remete-se à obra de Fairén Guillén, 1971.

⁴³ Como observa Calogero Pizzolo (2006), a incorporação do instituto em outras ordens jurídicas é mais tardia.

⁴⁴ Sobre a temática veja-se Pizzolo, 2006. Sobre o caráter subsidiário do amparo espanhol confira-se Dantas, 2007, p. 685. Sobre o mesmo ponto em outros ordenamentos veja-se Pizzolo, 2006, que se refere ao caráter extraordinário do amparo, bem como ao requisito por vezes existente do esgotamento das vias administrativas.

República Dominicana, o amparo constitui construção pretoriana. A maioria dos países que o adotam, porém, constitucionalizou e legalizou o instituto. (FERRER MAC-GREGOR, E. 2006).

Fix-Zamundio identificou o amparo nos ordenamentos jurídico-constitucionais latino-americanos mais variados, como, por exemplo, os da Argentina, da Bolívia, da Costa Rica, de El Salvador, da Guatemala, de Honduras, da Nicarágua, do Panamá, do Paraguai, do Peru, do Uruguai e da Venezuela, além, é claro, do México (FIX-ZAMUNDIO, 1993).

O autor identifica, ainda, influência do instituto de origem mexicana sobre diversos documentos e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Cita especificamente a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. XVIII), a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 2ª, 3) e, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 25) (FIX-ZAMUNDIO, 1993).

A nomenclatura do instituto é variada, havendo registro das expressões ação de amparo, recurso de amparo, juízo de amparo, garantia de amparo, direito de amparo, assim como recurso de proteção (Chile) e ação de tutela (Colômbia) (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

Sua natureza jurídica é controvertida, havendo autores que o classificam como ação, meio de impugnação, recurso, instituição política, instituição de controle, interdito, quase-processo, processo jurisdicional autônomo, entre outros (FERRER MAC-GREGOR, 2006; PIZZOLO, 2006).

No México, a instituição em estudo ostenta uma tutela omnicomprensiva, não existindo nenhuma outra garantia constitucional direta e específica. Ou seja, no direito mexicano a garantia constitucional em exame serve, de modo geral, para a tutela de todos os direitos e liberdades fundamentais. Calogero Pizzolo observa que em países como o México e a Venezuela o amparo é genérico, sendo que o *habeas corpus* é considerado um subtipo do amparo. (PIZZOLO, 2006).⁴⁵

Na maioria dos países que o adotam, no entanto, a liberdade ambulatoria, que é tutelada em geral pelo *habeas corpus* concebido como remédio constitucional

⁴⁵ Sobre o amparo venezuelano e seu desenvolvimento, confira-se Brewer-Carías, 1988, p. 1703-1759.

autônomo. Em alguns casos também se exclui a tutela relativa a dados pessoais, tendencialmente reservada ao *habeas data*, como na Argentina, consagrando-se o que alguns denominam de tríade garantista (amparo, *habeas corpus* e *habeas data*).

No que tange à legitimidade ativa, esta é tende a ser reconhecida, de modo geral, a qualquer pessoa natural ou jurídica que seja titular dos direitos fundamentais objeto de proteção.⁴⁶ Verifica-se, ainda, uma tendência em reconhecer a legitimidade de outros órgãos, na qualidade de legitimados extraordinários, como o *Ombudsman* e as associações, registrando-se, ainda, casos de amparo coletivo, como na Argentina (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

São legitimados passivos, de modo geral, tanto autoridades públicas quanto agentes privados. Isso faz com que o amparo desempenhe o papel de importante instrumento para a proteção horizontal ou interprivada dos direitos fundamentais (FERRER MAC-GREGOR, 2006).⁴⁷

A ação de amparo ostenta a sumariedade que é típica das instituições integrantes da jurisdição constitucional das liberdades, evidenciada pela previsão de prazos bastante reduzidos (PIZZOLO, 2006).

Com efeito, Calogero Pizzolo identifica alguns princípios processuais regentes do amparo, notadamente a brevidade dos prazos, a gratuidade, o cumprimento imediato das decisões, a não-suspensão em estado de exceção, entre outros, como a oralidade, a publicidade de a informalidade (PIZZOLO, 2006).

Ensina Eduardo Ferrer Mac-Gregor que em princípio são impugnáveis pelo amparo todo ato de ameaça ou violação concretos de direitos e liberdades fundamentais. No entanto há que se observar a existência do que Calogero Pizzolo denomina requisitos materiais, que podem ser expansivos ou limitativos do remédio, como, por exemplo, poder ou não ser manejado contra atos passados, presentes ou

⁴⁶ Como observa Pizzolo (2006), a legitimação ativa pode ser interpretada ampliativa ou restritivamente em diferentes sistemas jurídicos nacionais. Sobre outros aspectos referentes à legitimação ativa em diferentes países latino-americanos remete-se ao estudo do autor.

⁴⁷ Cabe citar, como precedente célebre, o caso “Samuel Kot”, julgado na Argentina no ano de 1958. Ressalve-se que da análise comparativa depreendem-se três possibilidades, quais sejam, amparo contra atos de autoridades públicas apenas e amparo contra atos de autoridades públicas ou de agentes privados, que outorga, sem dúvida, proteção mais ampla. Enquadram-se na segunda hipótese a Argentina, o Paraguai, a Bolívia e o Peru, entre outros. (PIZZOLO, 2006).

futuros, ou ainda, a existência de exigências como as de “lesão grave” ou “arbitrariedade manifesta”, conforme cada ordenamento jurídico positivo particular (PIZZOLO, 2006).

A despeito disso, registram-se poucos casos de cabimento contra normas de caráter geral, notadamente em alguns países da América Central (FERRER MAC-GREGOR, 2006), diversamente do que ocorre quanto a alguns institutos análogos existentes na Europa (*Verfassungsbeschwerde* alemã, notadamente).⁴⁸

10 CONCLUSÃO

A temática das garantias fundamentais ou remédios constitucionais revela-se extremamente relevante na teoria constitucional contemporânea, visto que os direitos fundamentais não prescindem de uma tutela adequada para sua eficácia e concretização.

O breve panorama histórico-comparativo aqui traçado sobre os remédios constitucionais revela o paulatino desenvolvimento da pluralidade de instrumentos existentes no Brasil e sua evolução ao longo da história constitucional brasileira, pela via constituinte ou pretoriana. A perspectiva comparativa com a instituição equivalente do amparo, por sua vez, revela similitudes e dessemelhanças relevantes.

De um ponto de vista geral percebe-se que todos os institutos analisados possuem pontos importantes de convergência. A simplicidade, a informalidade, a celeridade, o procedimento sumário, a gratuidade, a prioridade, são características partilhadas por diversos dos instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais no Brasil e da América Latina.

Aliás, tais características são e devem ser, de resto, típicas de muitos institutos do Direito Processual Constitucional em geral e da jurisdição constitucional

⁴⁸ Sobre os institutos análogos ao amparo no direito da Europa central, como o “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) austríaco e alemão, remete-se ao clássico estudo de Cappelletti sobre a jurisdição constitucional da liberdade (vide referências bibliográficas). Consulte-se, ainda, a introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão feita por Leonardo Martins na versão em língua espanhola da obra de Schwabe. (SCHWABE, 2005).

das liberdades em particular, dada a autonomia do processo constitucional em relação a outros âmbitos do direito processual.

No entanto, da análise do regime jurídico e da jurisprudência relativa a tais remédios vez por outra se depreende que as normas que visam simplificar o procedimento e permitir um julgamento célere e uma tutela eficaz, constitucionalmente e temporalmente adequada, por vezes têm sido convertidos, de maneira um tanto equivocada, em requisitos formais que se revelam, ao fim e ao cabo, óbices a tal finalidade.

Recordem-se, como ilustração, os requisitos e exigências muitas vezes exagerados para a concessão de tutela de direitos fundamentais em sede de mandado de segurança, de acordo com a jurisprudência brasileira.

Exigências exageradas, excessiva rigidez formal e apego a aspectos puramente processuais, por exemplo, podem atuar no sentido contrário do *telos* originário do regime sumário dos remédios e, conseqüentemente, do âmbito do constitucionalmente adequado, deixando de operar no sentido de proporcionar uma tutela célere e eficaz e passando a impedir a tutela judicial adequada de uma miríade de situações de ameaça ou violação de direitos fundamentais que a exigiriam.⁴⁹

Outros aspectos chamam a atenção, especialmente a questão relativa à eficácia interprivada ou perante particulares. Embora a jurisprudência brasileira admita excepcionalmente a eficácia interprivada de alguns remédios constitucionais, como é o caso do *habeas corpus* manejado contra particulares, ainda é forte a compreensão no sentido de que tais remédios operariam essencialmente contra o poder público ou contra agentes privados exercendo funções públicas ou a elas equiparadas.

É o caso, uma vez mais, do mandado de segurança, uma vez mais, cuja previsão constitucional já restringe o âmbito dos possíveis legitimados passivos. Nisso percebe-se um descompasso entre tal garantia constitucional e aquela que por

⁴⁹ Confira-se a crítica análoga de Calogero Pizzolo (2006) quanto às teses jurisprudenciais restritivas quanto ao cabimento do amparo. Com efeito a crítica não se circunscreve ao direito brasileiro, e atinge, muitas vezes, o próprio instituto do amparo, em face de exigência de observância mais ou menos estrita do requisito da subsidiariedade, por exemplo, entre outros fatores.

vezes é considerada seu equivalente funcional, o amparo, remédio constitucional que, como visto, em diversos ordenamentos, embora não em todos, é cabível contra ofensas oriundas de agentes do poder público e de particulares.

É importante rememorar que para que haja ofensa a direitos fundamentais não é essencial que a ofensa a direitos fundamentais emane de órgãos públicos, e que talvez seja o caso de temperar as restrições da legitimidade passiva quando isso for necessário para obter tutela judicial adequada para ameaças ou lesões graves a direitos fundamentais não sanáveis por *habeas corpus* ou por *habeas data*.

Ao que parece algumas das teorias da eficácia horizontal ou *erga omnes* dos direitos fundamentais poderiam servir de supedâneo teórico para justificar, em casos excepcionais, o cabimento do *writ of mandamus* tendo por coator um agente privado.

De todo modo, diversos aspectos importantes relativos aos diversos aspectos processuais dos institutos aqui brevemente cotejados foram deixados de lado, por impossibilidade de seu tratamento no presente estudo. Tais aspectos parecem ainda reclamar e merecer atenção em pesquisas científicas que aprofundem aspectos importantes e particulares de tais instituições, no sentido de aprofundar sua compreensão e, quiçá, aprimorar os remédios constitucionais nacionais.

11 REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Situación actual del derecho de Amparo en Venezuela. In: Universidade Autônoma do México, **Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamundio e sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas**. Tomo III. Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 1988, 1703-1759.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Jurisdicción Constitucional de la Libertad, La**. Trad. Héctor Fix-Zamundio. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1961.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. **Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo**. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1971.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Breves notas sobre el amparo latino-americano desde el Derecho Procesal Constitucional comparado. **Dikaión: Lo Justo**, ano 20, n. 15, Chía (Colômbia), nov. 2006, p. 174-198.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FIX-ZAMUNDIO, Héctor. El juicio de Amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas). **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano XXVI, n. 77, Cidade do México, mai./ago. 1993, p. 461-488.
- FIX-ZAMUNDIO, Héctor. **Ensayos sobre el Derecho de Amparo**. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1993.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Florianópolis: Conceito, 2008.
- PIZZOLO, Calogero. Las fórmulas sobre amparo en el Derecho Constitucional Latinoamericano: primer avance sobre su estudio y análisis comparativo. **Dikaión: Lo Justo**, ano 20, n. 15, Chía (Colômbia), nov. 2006, ano 15, n. 10, p. 115-117.
- SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig *et al.* Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, S. P. **Devido Processo Substantivo (substantive due process)**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

O FUTEBOL E O DISCURSO DA PATRIMONIALIZAÇÃO CULTURAL: CONSEQUÊNCIAS LEGAIS E ECONÔMICAS EM DECORRÊNCIA DOS PROCESSOS DE TOMBAMENTO E REGISTROS DE ENTIDADES DESPORTIVAS¹

FOOTBALL AND THE DISCOURSE OF CULTURAL PATRIMONY: LEGAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES OF THE PROCESS OF NOMINATION AND REGISTRATION OF SPORTING ENTITIES

Luana de Carvalho Silva Gusso²

Felipe Bertasso Tobar³

Resumo

O presente artigo tem por objetivo discutir a problemática jurídico-constitucional relacionada ao campo do patrimônio cultural, notadamente dos processos de tombamento e de patrimonialização de entidades desportivas e de seus respectivos estádios ocorridos na última década no Brasil. Nesse contexto se discutirá a validade e a legitimidade do ponto de vista legal e prático de tais processos, conferindo especial atenção em responder se a função social da propriedade é atendida nos casos de tombamento, bem como os aspectos econômicos envolvidos, especialmente as isenções tributárias concedidas, as limitações processuais encontradas em face de credores e as restrições ao princípio da livre iniciativa em decorrência da promulgação dos decretos de tombamento e registro imaterial.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Constituição. Futebol.

Abstract

This article aims to discuss the legal and constitutional issues related to the cultural heritage field, notably the processes of landmark building and the patrimonialization of sports entities and their respective stadiums in the last decade in Brazil. In such context this text will argue about the validity and legitimacy of these legal proceedings, regarding special attention in order to answer if the social function of property is being held as well as the economics aspects involded,

¹ Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de aprovação em 27/01/2016, 02/02/2016 e 05/02/2016, aprovação comunicada em 18/02/2016.

² Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal); Doutora em Direito do Estado pela UFPR (Paraná-Brasil); Professora do Programa de Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade (MPCS) e do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville-UNIVILLE (Santa Catarina/ Brasil). Advogada. E-mail: <lu_anacarvalho@yahoo.com.br>.

³ Mestrando do Programa de Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade (MPCS) da Universidade da Região de Joinville-UNIVILLE (Santa Catarina – Brasil); Advogado / Bolsista CAPES. E-mail: <fetobar@hotmail.com>.

especially the tax exemptions, procedure and legal limitations against creditors and restrictions to the principle of free enterprise due to the enactment of landmark building decrees and immaterial registry.

Keywords: Cultural Heritage. Constitution. Football.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de patrimônio cultural e sua relação direta com o futebol. 3. A validade e a legitimidade da utilização dos institutos do tombamento e registro no universo do futebol brasileiro. 3.1. O instituto do tombamento. 3.2. O instituto do registro. 4. Os efeitos práticos e jurídicos decorrentes da utilização dos processos de tombamento e registro por clubes de futebol. 5. Da percepção de benefícios fiscais. 6. Conclusões. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Para o início da presente reflexão, ousa-se a tangenciar contribuições ou inquietações pertinentes a algumas definições de pós-modernidade⁴, em especial, aquelas que gravitam a partir de sua compreensão como um estágio de transição e de mudança social permeado pela incessante busca da performatividade – traduzida pela necessidade de ser útil e garantir o lucro –, bem como pela aceleração do tempo e das ocupações cotidianas, acarretando em evidente e infeliz superficialidade das relações sociais. Aos desavisados, em um primeiro momento, pode parecer estranha tal reflexão para uma temática que envolve a compreensão do futebol e do patrimônio cultural. Mas enfrentado o estranhamento inicial, a fluidez característica de uma pós-modernidade pode ser valiosa para a investigação em curso e, para, pensarmos os processos de patrimonialização que fenômenos sociais como o futebol (e tudo o que ele também representa), apresenta-se no cotidiano.

Assim, como é cediça, a pós-modernidade atinge severamente a ideia concebida pela modernidade em relação à identidade. O pós-moderno pode conduzir a outras questões para além das descrições lineares e alegóricas dos processos históricos, o que conduziria a ruptura ou perda de sentimentos de memória e de pertencimento, sobretudo, familiar. Igualmente, as instituições que as cultivavam modificaram-se, vide, por exemplo, escolas públicas e igrejas, trazendo

⁴ Do ponto de vista filosófico, esta se inicia após a morte do pensador alemão Friedrich Nietzsche, em 1900. Mediante sua filosofia, Nietzsche propõe uma ruptura com os paradigmas existentes de seu tempo ao afirmar que Deus está morto. Estudar os seus textos (1981, 1983) é de extrema importância para compreendê-la, pois o mesmo convida eliminar a dimensão dos valores morais e das metanarrativas universais, igualmente encontrada na pós-modernidade, principalmente na cultura da exclusão por meio da afirmação do poder (WESTPHAL, 2010).

novas formas de convívio, que poderia levar a uma generalização da ideia de desmembramento das relações interpessoais causada por certa noção de sociedade individualista governada pelo lucro e o consumo.

Estas constatações são para muitos, sinais do processo de globalização responsável por trazer à sociedade contemporânea novas formas de entender e, sobretudo, viver o mundo. O aumento da velocidade dos meios de transporte, a criação da internet e a facilitação de atividades diárias através de simples aplicativos, como, por exemplo, as mídias sociais (*facebook* e *twitter*) que colocam em tempo real pessoas e culturas das mais distintas e distantes, vem construindo uma sociedade mais impaciente, mais isolada em si mesma e, conseqüentemente, mais desgarrada de sua própria história, sendo raras as revisitações aos, até então, preciosos álbuns de fotografias de família ou mesmo à continuidade da preservação de costumes dos antepassados (tradições regionais, locais, etc.).

Hodiernamente, os citados efeitos da globalização permanecem sendo espalhados em todos os níveis, com maior intensidade, desde o econômico até ao político, não deixando também de atingir os campos turístico, esportivo e cultural, este último que ainda enfrenta complexos cenários permeados por disputas de poder⁵.

Com acuidade, identifica Anico (2005, p.74):

as acelerações brutais da história contemporânea e a imediatez ao nível da propagação da informação vieram, assim, contribuir para a emergência de uma consciência patrimonial, associada a um traumatismo provocado pela ruptura com as experiências tradicionais de lugar, bem como pelas transformações registradas no plano da temporalidade, que fizeram com que o campo de referentes culturais a preservar para o futuro registrasse um incremento considerável que se repercutiu na proliferação de instituições e instrumentos vocacionados para essa tarefa.

No Brasil, apoiado na letra constitucional de 1988, o medo do desaparecimento e o discurso de conservação foram colocados em evidência. Nessa linha, o discurso do patrimônio cultural tomou corpo e ampliou seu âmbito de

⁵ Renato Ortiz em seu artigo denominado “Imagens do Brasil” prefere utilizar o termo “mundialização da cultura” ao invés de “globalização da cultura” sob o argumento de que este último limita-se a expansão das atividades econômicas em face dos territórios nacionais, ao passo que o primeiro disponibiliza novos referentes de natureza mundial que podem ser utilizados no contexto nacional, regional e local. Veja-se nesse particular o objetivo da “Marca Brasil” vinculada ao Ministério do Turismo, com a intenção de promover a “brasilidade” ao nível transnacional.

incidência, de modo que muitas comunidades passaram a reivindicar, por intermédio dos remédios jurídicos permitidos, ações e institutos jurídicos adequados para que suas pretensões de patrimonialização sejam atendidas. Para além do tombamento, regulamentado no Decreto Lei nº 25 de 1937, o processo de registro de bens imateriais, criado no ano 2000 via Decreto Lei nº 3551, possibilita que não apenas monumentos, obras de arte e edificações históricas, mas conhecimentos, modos de fazer, festas, celebrações, lugares, saberes, compartilhamentos, formas de expressão e vivências, sejam declarados como verdadeiros patrimônios culturais nas esferas municipal, estadual, federal e mundial⁶.

Segundo Chuva (2012, p. 152): “na atualidade, o patrimônio cultural engloba um conjunto significativo de questões de ordem política, de relações de poder, de campos de força e âmbitos do social”. Oportunamente, o futebol como um epifenômeno social total aqui também discutido, não ficou alheio a essa discussão, especialmente quando é cada vez mais forte o entendimento do esporte – e do futebol – como um bem cultural e os estádios como lugares de memória coletivas, termo criado e pensado por Nora (1993). Essa constatação ganha relevância na medida em que autores, como por exemplo Burke (2003) e Hall (2006), visualizam o esporte como um dos meios pelos quais as identidades culturais são construídas.

Nessa linha, os estádios de futebol, verdadeiros palcos de eferverscência cultural, constituem um interessante alvo de tombamento por suas características arquitetônicas, aproximando-assim da cultura material. Não são raros os casos de pedidos de tombamento já registrados no Brasil, como exemplos: Maracanã, Mineirão, Pacaembu, Moisés Lucarelli, Brinco de Ouro da Princesa e João Marcatto.

Por outro lado, são também vários os pedidos de registro e, consequentemente, de patrimonialização de clubes, torcidas e inclusive clássicos da modalidade mais acompanhada pelos brasileiros⁷, como o Decreto 28.787/07 da Câmara do Município do Rio de Janeiro - que declarou Patrimônio Cultural Carioca a Torcida do Flamengo; A Lei n. 5070 de 16 de julho de 2007, que declara como

⁶ Por exemplo, leia-se o processo de patrimonialização do jogo da capoeira levado a cabo pelo IPHAN. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/66>. Acesso em 25 out. 2015.

⁷ Dados da pesquisa do IBGE realizada no ano de 2010, apontam que no Brasil existem 131,5 milhões de torcedores de futebol com 10 anos ou mais de idade, e a pesquisa realizada pelo Jornal O Lance! no mesmo ano, que revelou que 79% de homens brasileiros maiores de 16 anos e 22% de mulheres brasileiras, praticam futebol cotidianamente, assim como 93% de homens e 73% de mulheres acompanham-no semanalmente pela mídia.

Patrimônio Cultural do Estado, o acervo de premiações das entidades, associações e clubes esportivos do Estado do Rio de Janeiro; A Lei Estadual 7.693, de 3 de janeiro de 2013 declarando o Castanhal Esporte Clube, Águia de Marabá Futebol Clube, São Raimundo Esporte Clube, Cameté Sport Club e Tuna Luso Brasileira, integrantes do patrimônio cultural de natureza imaterial do Estado do Pará.

Entretanto, vêm se mostrando indispensável, haja vista os interesses envolvidos, verificar quando da análise desses requerimentos de patrimonialização, se estão realmente calcados em justificativas (dados estatísticos, abaixo-assinados, entrevistas, etc.) culturais sólidas ou, se não passam de “pseudo-representações” com a finalidade única de percepção de benefícios econômicos e processuais.

Como percebido, o futebol, ainda que não reconhecido como patrimônio cultural brasileiro à nível legislativo⁸ ou institucional pelo IPHAN⁹, é assim reconhecido pela maioria da sociedade brasileira, representação de brasilidade no exterior¹⁰ e, obviamente, parte da cultura contemporânea, possibilitando interessantes debates entre os mais diversos segmentos da sociedade e das ciências. Nesse sentido, também agrega discussões relevantes (ou até mesmo essenciais) ao campo do patrimônio cultural, motivo pelo qual tem produzido estudos de casos inéditos em todo o país.

Logo, à luz da Constituição Federal, considerando a preservação do patrimônio cultural brasileiro como direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXXIII, possibilitaria a discussão dentro do conceito de patrimônio cultural, o reconhecimento dos clubes e dos estádios como valores sociais, culturais e/ou urbanísticos, além da validade e da legitimidade dos processos de tombamento e de patrimonialização de entidades desportivas e de seus respectivos estádios,

⁸ No ano de 2009, o Projeto de lei 286 de 2005 que conferia ao Ministério Público a função institucional de resguardar o futebol então alçado como patrimônio cultural brasileiro foi arquivado, sob a justificativa de desconformidade às regras de elaboração legislativa estatuídas pela Lei Complementar nº 95, de 1998, após despacho do relator e Senador Demóstenes Torres. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=294985>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁹ A sigla IPHAN remete ao Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, responsável pela preservação do patrimônio cultural brasileiro.

¹⁰ Renato Ortiz (2013) afirma que nós vendemos o Corinthians, o Santos e Pelé, como traços de nosso caráter, de nossa brasilidade ao exterior.

conferindo especial atenção a responder se a função social da propriedade é atendida nos casos de tombamento, sem deixar de lançar atenção aos aspectos econômicos envolvidos, especialmente as isenções tributárias concedidas e as limitações processuais encontradas em face de credores.

2 O CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL E SUA RELAÇÃO DIRETA COM O FUTEBOL

O conceito de patrimônio cultural na contemporaneidade é amplo e abriga diferentes significados, que podem ou não ser reconhecidos de acordo com os saberes e poderes envolvidos. Apoiados em Guedes (2012, p. 106): “definir patrimônio cultural não é uma tarefa fácil, já que essa noção perpassa séculos de história, adquirindo novas feições no decorrer dos tempos”. No mesmo sentido, as reflexões realizadas por Foucault (1979) e por Le Goff (1992) também são inquietantes e apontam para a possibilidade de significados múltiplos em todos os aspectos do patrimônio cultural, e de que a escolha de qual significado receberá maior atenção transforma-se em objeto de lutas de poder.

Do ponto de vista jurídico, Pereira (2008, p. 4) escreve:

Importante diferenciar esta acepção do termo cultura da anteriormente delineada, pois aqui cultura possui o sentido de “conjunto de bens com valor econômico determinado”. É o inciso LXXIII do art. 5º, conhecido rol das garantias fundamentais, que introduz no plexo normativo a expressão “patrimônio cultural”. [...] No item acima, asseveramos que a noção de “bem” alcança tudo o que possa ser objeto do direito, passível ou não de aferição econômica, ao passo que a “coisa” restringe-se àquilo que possui valor pecuniário, isto é, possui utilidade patrimonial. Chegamos então, sem percalços, ao conceito de patrimônio, que corresponde ao conjunto de direitos e obrigações de uma pessoa, pecuniariamente apreciáveis. O patrimônio abarca todas as relações jurídicas de conteúdo econômico das quais participe o sujeito de direito. É, em resumo, a “representação econômica da pessoa”. Verifica-se que o caput do art. 5º, introduz a idéia de “inviolabilidade” de diversos direitos: direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e à propriedade. A inviolabilidade destes dois últimos direitos culmina, segundo a letra do inciso LXXIII, na legitimidade de “qualquer cidadão” para que mobilize o Poder Judiciário, por meio de ação popular, visando à anulação de ato que fira ou possa ferir o “patrimônio histórico e cultural”.

Nesse horizonte, revela Chuva (2012, p. 163):

a definição de patrimônio cultural não está livre de escolhas valorativas a serem feitas pelos homens, condicionando, dessa maneira, o predomínio tanto na escolha como no processo para sua patrimonialização, dos sentidos e dos significados atribuídos ao bem pelos grupos de identidade relacionados a ele.

Desta forma, Guedes (2012, p. 108):

pensar em patrimônio cultural significa também pensar em relações de pertencimento, de identidades, de memória, de indivíduos ou grupos sociais que de alguma forma se reconhecem em um determinado bem cultural e querem ver a memória preservada.

Com efeito é no artigo 216 da Constituição Federal que se encontram as linhas que conceituam o Patrimônio Cultural Brasileiro:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A leitura do texto constitucional de 1988 ampliou a tradicional conceituação do patrimônio cultural, antes tratado apenas como “pedra e cal” (viés material) de inspiração proveniente do barroco, e em abandono a retrógrada e ultrapassada ideia que remontava da França pós-revolução francesa onde o patrimônio cultural restringia-se às belas artes, às esculturas e aos monumentos apreciados por uma pequena parcela da sociedade que viam em tais objetos o ideal nacionalista, trouxe à lume bens de natureza imaterial¹¹ e uma nova e plural noção da identidade

¹¹ Márcia Chuva (2012), chama atenção para a coexistência na área do patrimônio cultural, de uma falsa divisão, que separou os aspectos materiais e imateriais do patrimônio dentro da legislação brasileira. Para ela, a divisão entre patrimônio material e imaterial é, conceitualmente, enganosa, posto que qualquer intervenção na materialidade de um bem cultural provocará modificações na sua imaterialidade, com o que concordamos integralmente.

brasileira que se manifestaria nas relações sociais travadas por diferentes grupos formadores da sociedade.

Em outros termos, Anico (2005, p. 79)

a crescente patrimonialização de elementos das culturas locais contribuiu para o alargamento do campo patrimonial que integra não só o património associado a práticas culturais eruditas e elitistas, mas também um património vernacular, quotidiano, material ou intangível, relacionado com as memórias e as histórias orais, abrindo assim caminho à integração de um vasto conjunto de bens culturais na categoria de património, fruto de uma crescente elasticidade conceptual, mas também temporal.

Destacando a importância da oxigenação de pensamento sobre o conceito de património cultural levado a cabo após o período ditatorial, Torelly (2012, p. 18):

Os artigos 215 e 216, que tratam da cultura no âmbito constitucional, promoveram importante atualização conceitual, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da dimensão imaterial do património cultural; de explicitar a proteção às manifestações populares, indígenas e afro-brasileiras, incorporando o conceito de representatividade; e de estabelecer, no texto legal, instrumentos de proteção e salvaguarda já em uso, como o inventário, o tombamento e a desapropriação, e de criar novos, como o registro. Afora os aspectos mencionados, os conceitos encerrados nos artigos 215 e 216 já estavam presentes, tanto no projeto de Mário de Andrade quanto no Decreto-Lei Nº 25, evidenciando a qualidade e a atualidade de ambos, capazes de se manterem contemporâneos em meio a diferentes quadros político-institucionais e em uma cena cultural bem mais diversa e complexa à da época de sua concepção.

O património cultural versa sobre um rico e abundante, possuidor de diversas facetas. Hodiernamente, destaca Chuva (2012, p. 152): “o património toma em considerações questões relativas à propriedade intelectual, ao meio ambiente, aos direitos culturais e também aos direitos difusos”. Nesse particular, encontra-se superado há muito no direito pátrio a noção de que o esporte e, especialmente, o futebol devem ser tratados como direitos difusos da coletividade.

Logo, pertinente a lição de Bastos (1998, p. 269):

Não temos dúvida em afirmar que a questão desportiva, em nosso País, é, pois, seguramente, cultural. Contudo, mais do que isso, é de índole difusa. Por efetivamente atingir uma gama de pessoas juridicamente indeterminada, não pode a sociedade, ela mesma, mover-se para a proteção de tais interesses. No passado não havia mesmo qualquer espécie de tutela desses interesses. Atualmente, surge tanto o Ministério Público

como entidades civis, aos quais reconhece-se a legitimidade para proporem em juízo a proteção de tais interesses. Neste sentido, pois, seria mais adequado tratá-los de direitos difusos.

Vê-se, portanto, existir relação direta entre esporte, futebol, cultura e patrimônio. Corroborando essa perspectiva, Adriano Lopes de Souza *et all* (2011, p. 1):

o futebol no Brasil vai muito além de um simples esporte, é, além disso, uma manifestação popular, capaz de expressar o meio social em que se encontra, através de um conjunto de personagens, regras, valores, ideologias e contradições que lhes são próprios.

Inobstante pareça superada para muitos a ideia de que o futebol constitua verdadeiro patrimônio cultural brasileiro, para não ousarmos dizer, da humanidade¹², ainda se mostra necessário discutir a magnitude e os reflexos dessa afirmação, analisando a realidade social que nos circunda com o suporte da interdisciplinaridade.

De acordo com Júnior (2007, p. 394):

Os reticentes em relação a patrimonialização do futebol denunciam a sua futilidade e mesmo nocividade por pretensamente anestesiar o espírito crítico, afastar os indivíduos da reflexão e da contestação, dificultar as transformações políticas e sociais. É verdade que o futebol não é realidade em si, mas fuga do real, representação imaginária. Ele, contudo, não se diferencia nisso do cinema, do teatro, da literatura e das artes em geral. Assim como essas formas culturais, o futebol expressa, repensa e reconstrói idealmente a sociedade, ainda que à sua maneira, em outro registro, com instrumentos próprios.

Daí que imprescindível conferir atenção as valorosas lições de Sérgio (2009, p. 46):

O futebol em constante movimento deve ser analisado através de um processo integrativo no qual convergem abordagens históricas, biológicas, fenomenológicas, sociológicas, antropológicas, psicológicas, dialéticas, econômicas e estruturais.

¹² Veja-se nesse sentido a recém criada “Lista Representativa do Patrimônio Desportivo Histórico da Humanidade”, tendo sido o futebol o primeiro esporte a ser incorporado. Disponível em <<http://www.ibocc.org/docs/lrpdhh.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

Nessa perspectiva, ao teorizar juridicamente o futebol enquanto fenômeno de inegável interesse público, pode-se também chegar a ideia do futebol ser parte integrante do patrimônio cultural brasileiro. Assim, destaca Silva (2012, p. 176):

Na verdade, é a ojeriza e o preconceito para com o inegável interesse público que permeia a prática profissional do futebol, que promovem discursos em defesa de seu completo afastamento de qualquer ingerência estatal e, não o contrário. Negar a natureza jurídica de direito social ao desporto e ao futebol especialmente, contestar que o mesmo seja parte integrante do patrimônio cultural brasileiro, na qualidade de evidente forma da expressão alusiva à identidade e memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, é que se traduz em exegese forçada do texto constitucional, se não para empresar palavras ao legislador constituinte, mas para ignorar o sentido daquelas expressamente utilizadas.

Com base nesse rico acervo cultural que o futebol abriga, inúmeras entidades já se valeram dos processos de tombamento e de registro. Muitas são as justificativas apresentadas, algumas valorosas e que fazem questão de reforçar aspectos como a criação e manutenção de uma identidade comum, de pertencimento, de construção de memórias, porém outras deixam claro serem medidas políticas aptas a adquirirem benefícios de ordem processual e tributária, o que convida o jurista a não só estudar a literalidade das leis, mas especialmente entender as nuances externas que a envolvem.

3 A VALIDADE E A LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DO TOMBAMENTO E REGISTRO NO UNIVERSO DO FUTEBOL BRASILEIRO

Segundo a Declaração de Caracas de 1992 “o Patrimônio Cultural de uma nação, de uma região ou de uma comunidade é composto de todas as expressões materiais e espirituais que lhe constituem, incluindo o meio ambiente natural”¹³.

É de conhecimento dos sujeitos envolvidos com a temática cultural que a preservação do Patrimônio Cultural serve a manutenção do testemunho das manifestações culturais de um povo, independente do âmbito de localização,

¹³ Disponível em: <<http://www.ibermuseus.org/wp-content/uploads/2014/07/declaracao-de-caracas.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

possibilitando à sociedade tomar conhecimento de suas tradições, costumes e identidade, realizando, por conseguinte, ações de salvaguarda e valorização, especialmente às gerações futuras.

No território brasileiro, o dever de proteção dos bens culturais de natureza material e imaterial, cabem não só ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) criado em 13 de janeiro de 1937 pela Lei nº 378, no governo de Getúlio Vargas, responsável à época, pela estruturação da primeira política pública de salvaguarda de bens culturais materiais do país, como também aos legisladores, representantes do povo brasileiro nas três esferas do Poder Legislativo.

Conforme apregoam os artigos 24 e 30 da Constituição Federal, denota-se haver competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre matérias relacionadas à proteção do patrimônio cultural:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

Art. 30. Compete aos Municípios:
IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A construção da competência compartilhada logicamente não fora construída ao acaso, mas em razão da valoração que pode ser atribuída pelas respectivas comunidades brasileiras em direção a um bem de natureza material ou imaterial, em âmbito nacional, estadual, regional ou local.

O parágrafo primeiro do artigo 216 da Constituição Federal apresenta os meios reconhecidos de proteção do patrimônio cultural brasileiro, sendo imprescindível destacar tratar-se de dispositivo não limitador, portanto, exemplificativo, abrindo margem para outras formas protetivas.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Como se verá adiante no universo do futebol, os institutos do tombamento e registro são constatemente os mais utilizados pelos dirigentes de clubes e torcidas para elevarem suas respectivas entidades à condição de patrimônio cultural, o que poderá abarcar inúmeras discussões do ponto de vista legal e prático.

3.1 O instituto do tombamento

Inicialmente entendendo importante identificar a gênese do termo que deu nome ao instituto do tombamento, encontra-se na lição de Miranda (1968, p. 371):

a palavra 'Tombo' tem origem no latim vindo de tumulus (elevação de terra) e não se confunde com o verbo "tombar", do significado "botar abaixo", que deriva da palavra tōmon, originária da língua alemã, que foi passada para o inglês, que passou para o espanhol, que por sua vez chegou ao idioma português.

Em trabalho de conceituação destaca-se o entendimento de Di Pietro (2014, p. 147):

o tombamento pode ser conceituado como: O tombamento pode ser definido como procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.

No Brasil, em 30 de novembro de 1937, ainda durante o governo varguista foi promulgado o Decreto-Lei nº 25, responsável por organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, tendo como instrumento de ação o ato administrativo denominado tombamento, o qual, frise-se, apenas serve à cultura material.

Na forma de referido decreto, o processo de tombamento (voluntário, compulsório, provisório ou definitivo) poderá ser instaurado voluntariamente ou de ofício (art. 5º) pelo IPHAN, Fundações Culturais dos Estados e pelos respectivos COMPHAANS – Comissões do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Natural dos Municípios¹⁴, desde que observados o contraditório e a ampla defesa, facultados a oposição de impugnação pelo proprietário (art. 9º).

¹⁴ Referida nomenclatura poderá variar de acordo com cada município da Federação.

Em sendo declarado o tombamento, muitos são os efeitos que irradiarão responsabilidades. Inicialmente o proprietário e o usuário do bem tombado tornam-se os responsáveis diretos pela conservação, desde que sempre a façam com autorização do órgão que promoveu o tombamento (art. 17). Destaca-se ainda a necessária observação da vizinhança em não construir edificações que impossibilitem a total visão do bem tombado.

Tais medidas não significam, por outra banda, que tais bens não possam ser alvo de alienação. Todos são perfeitamente passíveis de venda, porém, desde que sejam previamente oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem, no prazo de dentro de trinta dias, sob pena de perdê-los. (Art. 22, § 1º.)

Inobstante a essas observações e, por via de regra, tem-se que como imprescindível que estes imóveis sejam utilizados à serviço da população, garantindo o atendimento de uma função social, sob pena de somente ter gerado burocracias documentais. Atividades de cunho comunitário devem ser ultimadas para não apenas tornarem-se locais melhor preservados, mas, sobretudo, para servirem à transmissão de conhecimentos da cultura local para a população e para turistas dos mais diversos segmentos.

Nesse universo, não são poucos os estádios de futebol que foram alvo de tombamento parcial ou integral. Na lista dos mais famosos encontram-se o Estádio do Mineirão¹⁵, parte da sede do Estádio das Laranjeiras do Fluminense F.C.¹⁶, o Complexo Esportivo do Maracanã¹⁷, Pacaembu¹⁸ e Moisés Lucarelli¹⁹, assim como outros menos conhecidos, tais quais o Dr. Robert Todd Locke do Atlético Jaboticabal²⁰ e o Estádio Mourão Filho do Olaria²¹.

¹⁵ BRASIL. DELIBERAÇÃO Nº 106/2003. Diário Oficial do Município Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (21 de outubro de 2003).

¹⁶ BRASIL. Decreto 20.611 de 10 de outubro de 2011. Diário Oficial do Município. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 21.677, de 03 de julho de 2002. Diário Oficial do Município. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro.

¹⁸ Resolução Secretaria da Cultura 05/98, de 21 de janeiro de 1998, publicado no DOE 02/04/98, p. 60.

¹⁹ Resolução Conselho de Defesa do Patrimônio Cultural de Campinas (CONDEPACC) 118/2011, de 24 de novembro de 2011.

²⁰ Decisão Administrativa do Prefeito de Jaboticabal - Processo nº 168060-2/2009 28 de dezembro de 2012. Prefeitura Municipal de Jaboticabal.

²¹ BRASIL. Decreto 37.774 de 09 de outubro de 2013. Diário Oficial do Município. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro.

Como se verá a seguir em decorrência destes processos são oportunizadas isenções tributárias e gerados prejuízos processuais e práticos em face de credores, tendo em vista que, inobstante a possibilidade de penhora, leilão e alienação, com o tombamento ocorre a preservação exclusiva para a prática esportiva, impossibilitando assim qualquer atividade empresarial que não o fomento esportivo. Daí a necessidade de discutir do ponto de vista econômico e constitucional a validade e legitimidade desse tipo de processo em tópico apartado.

3.2 O instituto do registro

Antes de procedermos a discussão pretendida, mostra-se indispensável discorrer sobre o processo de registro, inovação recente dentro do ordenamento jurídico pátrio e que assim como o tombamento é utilizado para fins, por vezes, escusos.

De acordo com o Dossiê Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial²², a criação do instituto jurídico denominado Registro remonta inicialmente ao ano de 1997, durante as discussões geradas **no Seminário Internacional “Patrimônio Imaterial: estratégias e formas de proteção”**, responsável por produzir a Carta de Fortaleza, cujo objetivo era a colheita de subsídios que permitissem a elaboração de diretrizes e a criação de instrumentos legais e administrativos visando a identificar, proteger, promover e fomentar os processos e bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, considerados em toda a sua complexidade, diversidade e dinâmica, particularmente, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artística e tecnológicas, com especial atenção àquelas referentes à cultura popular.

Com o fito da realização de um inventário dos bens de natureza imaterial em âmbito nacional, em 1998, após proposta da Carta de Fortaleza, foi criado o Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (GTPI) que apresentou a proposta técnica do Decreto Nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, criando o registro de bens culturais de

²² Patrimônio Imaterial: O Registro do Patrimônio Imaterial: Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 4. ed, 2006. 140 páginas. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv_ORegistroPatrimoniolmaterial_1Edicao_m.pdf>. Acesso em: 26 out. 2015.

natureza imaterial e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI)²³, também influenciados diretamente pela Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular da Unesco²⁴ (1989) e obviamente pela Constituição de 1988.

Diferentemente do instituto do tombamento que busca a preservação da cultura material, o processo de registro visa documentar, testemunhar por escrito, reconhecer, identificar, registrar etnograficamente, os elementos de determinada comunidade que, em conjunto ou separado, almejam o título de patrimônio cultural imaterial.

Após participar na qualidade de representante da Unesco, no seminário em comemoração aos sessenta anos do Iphan, ocasião em que foi elaborada a Carta de Fortaleza, percorrendo no Dossiê acima referido sobre a finalidade da legislação então recém criada, e, deixando cristalino que a perpetuação do bem imaterial depende sempre da comunidade atingida para dar cabo a instauração da medida legal, refletiu Lévi-Strauss (2006, p. 81):

Gostos, necessidades, modos de vida, valores e representações sempre evoluíram e continuarão a fazê-lo e, se uma comunidade abandona uma prática social, não há como se opor. O que pode ser feito, e o decreto atende a isto, é, por um lado, inventariar, estudar e conservar e, por outro, oferecer reconhecimento social aos detentores desse patrimônio para que tenham reconhecida sua importância, convidando-os a perpetuá-lo a transmiti-lo às novas gerações que, por sua vez, terão tomado consciência de seu valor.

Logo, na ocasião da promulgação do Decreto que regulamentou o processo de registro, foram elaborados e instituídos 4 livros não exaustivos, que possuem, em linhas gerais, como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira em todos os seus níveis – desde o federal até municipal.

Trata-se do Livro de Registro dos Saberes, a saber: a. para os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; b. Livro

²³ Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/418/>>. Acesso em: 26 out. 2015.

²⁴ Telles e Costa (2007), identificam na Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, criada na 25ª Conferência Geral da UNESCO, realizada em Paris, em 15 de novembro de 1989, no subitem "b" da segunda parte desse documento, intitulada Identificação da Cultura Tradicional e Popular, a seguinte recomendação: "b) criar sistemas de identificação e registro (cópia, indexação, transcrição) ou melhorar os já existentes por meio de manuais, guias para recompilação, catálogos-modelo etc. em vista da necessidade de coordenar os sistemas de classificação utilizados pelas diversas instituições".

de Registro de Celebrações: para os rituais e festas que marcam vivência coletiva, religiosidade, entretenimento e outras práticas da vida social; c. Livro de Registros das Formas de Expressão: para as manifestações artísticas em geral; d. Livro de Registro dos Lugares: para mercados, feiras, santuários, praças onde são concentradas ou reproduzidas práticas culturais coletivas.

Importante salientar que o registro não significa sua completa preservação, mas o início da adoção de uma série de medidas para salvaguardar o bem. Nesse contexto Telles (2007, p.05):

Na verdade, o registro, em si, não é satisfativo, ou seja, necessita de outros instrumentos de salvaguarda para proteger o patrimônio cultural imaterial eficazmente. Isso é ocasionado, principalmente, pela inexistência no Decreto de restrições à propriedade intelectual, principalmente ao registro de saberes, que seria o modo mais contundente de proteção, tal como ocorre com o tombamento. Na ocasião da elaboração do Decreto 3551/2000, os intelectuais envolvidos em sua criação alegaram que os debates acerca da propriedade intelectual eram embrionários e que, à época da confecção do mencionado instrumento normativo, era necessário, em um primeiro plano, identificar precisamente os bens culturais imateriais e, somente após, se estabelecer instrumentos de proteção dos mesmos.

Como efeitos do processo de registro, detalha Sant'Anna (2005, p. 7):

O registro institui o reconhecimento de que essas expressões vivas da cultura também integram o patrimônio cultural brasileiro e estabelece, para o Estado, o compromisso de salvaguardá-las por meio de documentação, acompanhamento e apoio às suas condições de existência. É ainda, e principalmente, um instrumento de preservação adaptado à natureza dinâmica dessas manifestações.

Finalmente, destaca-se que haverá a revalidação do registro a cada dez anos na esteira do artigo 7º, caput e parágrafo único do citado decreto e, uma vez sendo negada a revalidação, será mantido apenas o registro, como referência cultural de seu tempo. Assim que, igualmente ao processo de tombamento, vimos crescer a incidência do pedido de registro de entidades desportivas como forma de reconhecimento de equipes, torcidas e até mesmo clássicos da modalidade à condição de patrimônio cultural.

Somente no Estado do Pará tivemos dois exemplos vivos entre os dois principais clubes daquele ente federativo. Enquanto a Lei Estadual 7.694, de 3 de janeiro de 2013, declara o Clube do Remo integrante do patrimônio cultural de natureza imaterial do Estado do Pará, em uma espécie de 'contra ataque', diverso

vereador liderou a promulgação da Lei Estadual 7.695, de 3 de janeiro de 2013, declarando o rival Paysandu Sport Club integrante do patrimônio cultural de natureza imaterial do Estado do Pará.

Por outro lado, como já sinalizado alhures, legislação estadual carioca declarou como Patrimônio Cultural, Histórico e Imaterial do Estado do Rio de Janeiro o clássico de futebol FLA x FLU, no ano do seu centenário. Aqui tivemos a patrimonialização da partida com vistas a registrar os grandes momentos vividos pela imensa gama de torcedores das duas equipes, que inegavelmente atingem parcela considerável da população carioca e até brasileira. Desta forma, as festas nas arquibancadas – como verdadeiros locais de celebração cultural – foram e serão até que se dure a validade do registro – guardadas na memória documental coletiva daquele estado.

Diante desse relevante quadro de processos de tombamento e registro a rondar o universo do futebol brasileiro, será que vem sendo atendidos os princípios constitucionais da função social da propriedade e da livre iniciativa?

Será que ambo os meios de proteção estão servindo realmente a finalidade pretendida pelo legislador? Ou se submetem a interesses escusos de tal forma que prejudicam direitos de terceiros? O estudo de dois casos nos revelarão respostas para muitos improváveis.

4 OS EFEITOS PRÁTICOS E JURÍDICOS DECORRENTES DA UTILIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE TOMBAMENTO E REGISTRO POR CLUBES DE FUTEBOL

Como regra geral podemos determinar que a área patrimonializada deverá atender a função social da propriedade após a competente declaração, sob pena de eventual discussão da nulidade da concessão no âmbito do Poder Judiciário.

Por evidente que assuntos relacionados a preservação de bens culturais tombados estão intimamente conectados com o direito de propriedade e os seus decorrentes reflexos econômicos. Qualquer ação levada a cabo à preservação ou conservação acarretará em interferência total ou parcial no direito de propriedade. Nesse horizonte, o tema assume maiores proporções quando se tratam de locais

valorizados do ponto de vista especulatório imobiliário e de pontos representativos de determinada sociedade, como são os estádios de futebol.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXII, concede como direito fundamental aos cidadãos o direito de propriedade, desde que acompanhado do cumprimento da respectiva função social prevista no inciso XXIII do mesmo dispositivo.

De outra banda o artigo 170, inc. III, também apresenta a função social da propriedade, porém relacionada aos ditames da justiça social e da ordem econômica, caracterizando a relevância deste princípio.

Referida peculiaridade se traduz de suma importância para a continuidade do uso, gozo e disposição do bem pelo proprietário, haja vista que consoante bem recorda Melo (2013, p. 4):

em caso de mau uso da propriedade, vale dizer, de descumprimento da função social do direito de propriedade, seja pela não utilização, seja pela subutilização, a indenização pela desapropriação não será paga em dinheiro e sim em títulos da dívida pública.

Por sua vez, o artigo 1.228, §1º, do Código Civil de 2002, reforça a necessidade de conferir atenção a função social da propriedade como condicionante da fruição integral do direito de propriedade, frise-se, em consonância com a proteção do patrimônio histórico e cultural:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Acerca do comentado princípio, comenta Marchesan (2015, p. 4) comenta:

Não se apregoa a extinção do direito de propriedade, mas o seu exercício em prol da coletividade. O exercício desse direito deixa de ocorrer em benefício exclusivo do titular, numa concepção individualista, mas passa a impor ao proprietário a utilização do imóvel consoante o interesse social. Partindo-se da premissa de que não cabe falar em direito de propriedade sem o respeito à sua função social, deduz-se estar o titular de um bem

de interesse sócio-cultural jungido a observar as limitações derivadas do necessário respeito ao direito coletivo na respectiva preservação.

Logo nesse cenário, ao menos em relação as entidades desportivas, pensaríamos que as sedes tombadas ou a preservação de ricas histórias vivenciadas em determinado período, seriam utilizados para o interesse social do fomento, por exemplo, da prática da modalidade e ao não esquecimento da memória coletiva lá gerada, jamais para impedir ou dificultar a fruição de direitos alheios.

Infelizmente, vêm sendo cada vez mais rotineiras as práticas desidiosas de dirigentes para obterem os benefícios práticos decorrentes do tombamento de suas respectivas sedes esportivas.

Não são poucas as manchetes encontradas nos sites que revelam a prática pouco elogiável de clubes de tombarem suas sedes ou registrarem determinado viés imaterial da entidade, para dificultarem penhoras ou processos de leilão em curso.

Ao compulsar os processos em tramite nos órgãos de cultura, bem como ao analisar as motivações de projetos de lei, em especial, do âmbito municipal e estadual, percebe-se que certos clubes promovem o desvirtuamento da essência dos processos de patrimonialização com vistas a obterem interesses práticos, minimizando os prejuízos financeiros decorrentes de suas má-gestões.

O Olaria, clube tradicional da zona Norte do Rio de Janeiro, conforme notícia publicada no jornal eletrônico Uol Esportes²⁵, escapou de ver sua sede social e o estádio Mourão Filho arrematados em leilão público para pagamento de dívida. O depoimento do dirigente confessando a manobra jurídica ao final da reportagem se afigura esclarecedor e também violador da essência do instituto do tombamento:

O campo que viu os primeiros chutes do ex-atacante Romário, localizado na rua Bariri, foi tombado por decreto do prefeito Eduardo Paes em Diário Oficial na última quinta-feira. Assim, o interesse de possíveis compradores em demolir a área e construir novo empreendimento foi esvaziado. O estádio da rua Bariri foi avaliado em R\$ 100 milhões pela Justiça do Trabalho e levado a leilão no dia 8 deste mês para pagar uma dívida de R\$ 71 mil com o volante Valter Mendes Junior. Nenhum interessado apareceu e o valor foi reduzido pela metade para nova haste na última terça-feira. O presidente do Olaria, Augusto Pinto, se reuniu com o prefeito do Rio e conseguiu convencer pelo tombamento. Com isso, o comprador teria que manter a mesma atividade de agremiação esportiva já realizada no local.

²⁵ Disponível em: <<http://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2013/10/17/cariocas-escapam-de-leiloes-e-estadio-que-viu-inicio-de-romario-e-tombado.htm>>. Acesso em: 17 out. 2015.

Novamente ninguém tentou arremate.”Acredito que foi uma medida extrema da Justiça. Leiloar um terreno avaliado em R\$ 100 milhões, mas que nós julgamos que vale R\$ 800 milhões, para quitar uma dívida de R\$ 71 mil é desproporcional. Estive no gabinete, falei com o prefeito e ele resolveu a questão. Se a moda pega, o que vai virar? Tenho até minhas painéis penhoradas lá em casa, mas isso é da comunidade, temos projetos”, disse Augusto Pinto.

Em que pese não determinasse a paralisação do leilão, a finalidade do uso da área esportiva constante no Decreto Municipal impediu qualquer outra construção que não de viés esportivo em referido local, tornando eficaz a manobra arquitetada pelo dirigente carioca²⁶.

Assim, não ocorreu apenas o tombamento da sede esportiva, mas o próprio uso, o que conforme se verá adiante demonstrou ser medida contrária ao Decreto 25 de 37. Isto posto, da mesma maneira, o Estádio do Pacaembu aplicou a cláusula de “exclusividade do uso da propriedade”, determinando o tombamento como “estádio de futebol”, não podendo mais nada ser construído naquele local, a não ser em razão de destombamento ou decisão judicial²⁷.

Destaca-se ainda, o discurso do Presidente do Paysandu, Sr. Vandick Lima, após a promulgação da Lei que declarou o clube paraense como patrimônio imaterial do município de Belém.

essa lei tem grande importância para o clube, principalmente caso do Paysandu precise tomba algum patrimônio e até mesmo na busca de um financiamento público para desenvolver algum projeto ligado à instituição, além de que com isso dificilmente teremos leilão da nossa sede²⁸.

Portanto como percebido, os clubes se valem da relevância cultural do futebol e o consequente interesse público que lhe recae, aduzindo estarem a cumprir a função social da propriedade, *in casu*, esportiva, garantindo o fomento da modalidade na forma dos artigos 6º e 217 da Constituição, para justificarem o pedido

²⁶ “CONSIDERANDO a necessidade de se preservar o local para a prática do desporto e para a promoção de bem estar da população da região (...). *In* BRASIL. Decreto 37.774 de 09 de outubro de 2013. Diário Oficial do Município. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/45163Dec%2037774_2013.pdf. Acesso 28 out. 2015.

²⁷ Art. 1º. Fica tombado o Estádio Paulo Machado de Carvalho (Pacaembu) como Estádio de Futebol e o complexo esportivo a ele anexo.

²⁸ Disponível em: <<http://www.paysandu.com.br/noticias/1542/paysandu-passa-a-ser-patrimonio-imaterial-do-municipio>>. Acesso em: 17 out. 2015.

de tombamento ou de registro imaterial, de modo que preservam integralmente os direitos de propriedade e posse, antes em risco em virtude de disputas judiciais onde tramitam na maioria dos casos pedidos de penhora e leilão.

Se não bastasse a adoção de tais medidas com fins escusos, o tombamento do uso específico do objeto, a saber, dos estádios de futebol, viola a essência do Decreto Lei de 1937, que apenas direciona proteção aos bens imóveis e móveis, e não a sua funcionalidade.

Sobre a questão, Miranda (2014, p. 22):

É insuscetível de tombamento o uso específico de determinado bem. Ainda que se tombe o imóvel, não poderá a autoridade tomar o seu uso, uma vez que o uso não é objeto móvel ou imóvel. Com relação ao aspecto do uso, o que pode acontecer é que, em função da conservação do bem, ele possa ser adequado ou inadequado. Assim, se determinado imóvel acha-se tombado, sua conservação se impõe; em função disso é que se pode coibir formas de utilização da coisa que, comprovadamente, lhe causem danos, gerando sua descaracterização. Nesse caso, poder-se-ia impedir o uso danoso ao bem tombado, não para determinar um uso específico, mas para impedir o uso inadequado.

Por conseguinte, o que se vê na prática é a completa frustração de credores que desejariam construir novas atividades empresariais nos locais então preservados.

Logo, não estaríamos diante de casos em que há efetivamente um desvio da função social da propriedade e, conseqüente, impedimento dos direitos creditícios de terceiros, prejudicando a livre concorrência, pela impossibilidade de geração de novas frentes de trabalho? E mais: Não estaríamos diante de claros episódios de fraudes à execuções que poderiam ser resolvidas mediante a interposição de competente ação pauliana²⁹?

Em virtude do selo de tombamento impor a impossibilidade de destruição da edificação e, nos casos em comento, da mudança da finalidade social, resulta claro o impedimento à livre iniciativa, impelindo a expansão da exploração da atividade comercial, bem como contratação de mão-de-obra, perpetuando o cenário de prejuízos financeiros aos credores dos clubes e legitimando as más práticas dos dirigentes esportivos.

²⁹ Em termos sucintos tem-se que para ensejar a propositura de referida ação devem estar presentes os requisitos denominados *consilium fraudis*, *scientia fraudis* e *o eventus damni*. Logo é preciso ter agido em má-fé, ciente da fraude cometida que causará dano ao credor.

Quiçá a forma mais singela, porém menos recomendada, para se retornar ao *status quo* e buscar a execução dos processos de penhora ou leilão, seja buscar a pressão política, de modo a atingir os efeitos que os possuidores do Estádio do Maracanã vivenciaram em determinado período de tempo.

Em 2002, o Complexo do Maracanã, Estádio de Futebol ícone do Rio e do Brasil, foi tombado pelo governo municipal através do Decreto 21.677. À época, foram incluídas as “demais construções que integram o complexo desportivo instalado no local”, pois “constituem conjunto de grande importância histórica, arquitetônica, cultural e afetiva para a Cidade do Rio de Janeiro”. Portanto, além do Estádio Mário Filho (Maracanã) foram protegidos o Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanzinho) a Pista de Atletismo Célio de Barros, e o Parque Aquático Júlio Delamare.

Porém com a aproximação das Olimpíadas e da Copa do Mundo e as necessidades de alterações estruturais para aproximar-se do padrão europeu exigido pelas duas maiores organizações esportivas do mundo, ocorreu o destombamento dos bens antes mencionados por força do Decreto 36349 de 19 de outubro de 2012. Com isso, a concessionária responsável pelo Complexo Esportivo do Maracanã pode utilizar, gozar e usufruir como bem quisesse de tal estrutura física.

O cenário só foi alterado meses depois, mediante a pressão exercida pela população carioca, quando o governo municipal realizou o “des-destombamento” por força do Decreto n. 37.259/2013, tornando sem efeito o decreto anterior.

5 DA PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

Se não bastasse o incongruente manuseio dos pedidos de patrimonialização, com a confirmação legal ou institucional das respectivas alçadas a bens pertencentes ao patrimônio cultural material ou imaterial do respectivo ente federativo, os clubes ainda possuem o direito de gozarem de benefícios tributários na forma das legislações locais.

Isto em razão do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2003) possuir previsão expressa sobre concessão de benefícios fiscais aos imóveis e serviços públicos

urbanos que possuam interesse social reconhecido³⁰. Em consequência, legislações locais ultimaram a observância do comando infra-constitucional federal, caso da cidade catarinense de Jaraguá do Sul, onde tramita pedido de tombamento voluntário do Grêmio Esportivo Juventus, clube da segunda divisão do futebol de Santa Catarina.

Referida equipe conta com uma enorme gama de processos judiciais em tramitê na Justiça do Trabalho em seu desfavor, dentre os quais processos de execução em curso. Inobstante a isso, registrou pedido para patrimonialização imaterial e tombamento voluntário do Estádio João Marcato, junto ao Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Cultural, Arqueológico, Artístico e Natural – COMPHAAN, sob o número 10.799/2015.

Considerando que a Resolução nº 052/2015 COMPHAAN/JS, resolveu ser “favorável ao tombamento municipal em nível NP3, devendo a entidade manter como sua atividade principal a prática esportiva, com ênfase no futebol”³¹, tão logo seja publicado o Decreto da municipalidade, a entidade que em momento nenhum apresentou abaixo assinado de torcedores ou mesmo entrevistas que motivassem o pedido, gozará de benefícios fiscais na forma do artigo 25 da Lei municipal n. 5082/2008, o qual reza: “Art. 25 Os bens tombados terão isenção tributária e poderão, a critério da Fundação Cultural de Jaraguá do Sul, receber verbas e auxílios técnicos para a sua preservação e/ou restauração”.

Desta feita, vê-se que aos clubes que desejarem os pedidos de patrimonialização, os benefícios econômicos são deveras vantajosos se postos em comparação as restrições legais do Decreto de 1937 citados alhures.

Cabe frisar o fato do requisito da função social ser atendido à estepe nas próprias conclusões dos órgãos de cultura locais, tendo em vista não ser dificultoso, por estarmos no país que se proclama ser o “país do futebol”, justificar o interesse público envolvido e consequentemente a aplicação de incentivos fiscais que ao longo prazo podem significar uma grande economia, em especial, aos clubes de menor porte e com considerável sede construída.

³⁰ Art. 47. Os tributos sobre imóveis urbanos, assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, serão diferenciados em função do interesse social.

³¹ COMPHAAN - Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Cultural, Arqueológico, Artístico e Natural – COMPHAAN. Pedido de Tombamento Voluntário. Processo: 10.799/2015 de 31/03/2015. Requerente: Grêmio Esportivo Juventus.

6 CONCLUSÕES

Com a promoção da investigação que resultou na confecção deste artigo, vislumbrou-se a complexidade dos processos de patrimonialização, especialmente no tocante ao desporto, em nosso país. As relações entre o patrimônio material (Estádios) e o patrimônio imaterial (Equipes de futebol, torcidas, clássicos da modalidade) tangenciam-se e complementam-se, criando oportunidades diversas aos clubes. Pode-se, portanto, afirmar, como a utilização do discurso patrimonial pode lograr benefícios práticos e, não raro, prejudiciais a terceiros (credores). Por conseguinte, os princípios da função social da propriedade têm sua natureza e essência desvirtuados, de forma que a atividade econômica e o princípio da livre iniciativa são preferidos aos anseios de identidade e memória coletivos. Os processos de patrimonialização não podem servir aos interesses meramente econômicos dos clubes, muitos deles em situação de risco de execução judiciais, como fiscais, penhora, entre outras, tampouco, podem ser utilizados para prejudicar credores. Nesse sentido, caberia aos prejudicados, somente as competentes medidas legais em âmbito administrativo e judicial para demonstrar o desvirtuamento do processo de patrimonialização.

Todavia, é importante ressaltar que os elementos que compõe o futebol como parte da cultura contemporânea albergam, em seu âmago, a preservação de memórias coletivas, bem como a criação e a manutenção de identidades, especialmente em uma sociedade pós-moderna marcada pela fragmentariedade e pelo afastamento das relações intersociais. O futebol é parte de nossa cultura e expressão viva de identidades e de memórias sociais. Desta forma, é necessário destacar a importância dos processos de patrimonialização quando realizados em respeito às práticas culturais e às demandas coletivas – apaixonadas pelo desporto. São louváveis e legítimas as iniciativas fomentadas por órgãos culturais e pelas Câmaras e Assembléias Legislativas para a proteção de entidades desportivas, torcidas e clássicos, como patrimônios imateriais, assim como, o tombamento dos respectivos complexos esportivos.

7 REFERÊNCIAS

- ANICO, Marta. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 71-86, jan/jun 2005. Disponível em: <http://nau.ufsc.br/files/2010/09/Anico_Lisboa.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.
- BASTOS, Celso. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- BRASIL. DELIBERAÇÃO Nº 106/2003_ **Diário Oficial do Município Prefeitura Municipal de Belo Horizonte** (21 de outubro de 2003). Disponível em: <http://www.compras.mg.gov.br/images/stories/ArquivosLicitacoes/PPP_mineirao/20100614-Anexo_IX-Descricao_do_Complexo_do_Mineirao.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.
- BRASIL. **Decreto 20.611 de 10 de outubro de 2011**. Diário Oficial do Município. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www0.rio.rj.gov.br/patrimonio/pastas/legislacao/laranjeiras_decreto20611_apac_laranjeiras.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.
- BRASIL. **Decreto nº 21.677, de 03 de julho de 2002**. Diário Oficial do Município. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4722991/4122018/197DECRETO36349DestombamentoCeliodeBarroseJulioDellamare.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.
- BRASIL. **Decreto 37.774 de, 09 de outubro de 2013**. Diário Oficial do Município. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/45163Dec%2037774_2013.pdf>. Acesso em: 28 out. 2015
- BRASIL. **Lei 10.257 de, 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 jul 2015.
- BRASIL. **Lei nº 9.981, de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9981.htm>. Acesso em: 24 jul. 2015
- BURKE, P. **Hibridismo cultural**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003 (Coleção Aldus; v. 18)
- CHUVA, Márcia. Por uma história da noção de patrimônio cultural no Brasil. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Brasília, n 34, p. 147-165, 2012.
- COMPHAAN - Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Cultural, Arqueológico, Artístico e Natural – COMPHAAN. Pedido de Tombamento Voluntário. Processo: 10.799/2015 de 31/03/2015. Requerente: Grêmio Esportivo Juventus.
- Decisão Administrativa do Prefeito de Jaboticabal - Processo nº 168060-2/2009 28 de dezembro de 2012. **Prefeitura Municipal de Jaboticabal**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Felipe/Downloads/234f8909cf799c542543114be5608de2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Felipe/Downloads/234f8909cf799c542543114be5608de2%20(1).pdf)>. Acesso em: 28 out. 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 147
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GUEDES, S.P.L. de C. Reflexões sobre o conceito de patrimônio cultural. In: MARMO, Alena Rizi; LAMAS, Nadja de Carvalho. (Org.). Investigações sobre arte, cultura, educação e memória - Coletânea. Joinville: UNIVILLE, 2012, p. 103-109.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006

JÚNIOR, Franco Hilário. **A dança dos deuses. Futebol, sociedade, cultura**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 472 p.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. 2. ed. Campinas: Unicamp, 1992.

MELO, José Mário Delaiti de. A função social da propriedade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660>. Acesso em: 27 out. 2015.

MARCHESAN, Ana Maria Moreia. **A Proteção Constitucional ao Patrimônio Cultural**. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/ambiente/doutrina/id9.htm>>. Acesso em: 26 out. 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Lei do Tombamento Comentada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. Revista dos Tribunais, t.6, p. 371.

NORA, Pierre. **Entre Memória e História: A problemática dos lugares**. Tradução de Yara AunKhoury. Projeto História, São Paulo, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

ORTIZ, Renato. Imagens do Brasil. **Revista Sociedade e Estado** - Volume 28 Número 3 Set./Dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v28n3/a08v28n3.pdf>>.

Patrimônio Imaterial: O Registro do Patrimônio Imaterial: Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 4. ed, 2006. 140 páginas. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatlmaDiv_ORegistroPatrimoniolmaterial_1Edicao_m.pdf>. Acesso em: 26 out. 2015.

Resolução Secretaria da Cultura 05/98, de 21 de janeiro de 1998, publicado no DOE 02/04/98, p. 60. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/82169_RES.%20SC%20N%2005%20-%20Estadio%20do%20Pacaembu.pdf>. Acesso em: 26 out. 2015.

_____. Resolução Conselho de Defesa do Patrimônio Cultural de Campinas (CONDEPACC) 118/2011, de 24 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.campinas.sp.gov.br/governo/cultura/patrimonio/bens-tombados/verBem.php?id=267>>. Acesso em: 26 out. 2015.

SANT'ANNA, Márcia. Políticas públicas e salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. In: FALCÃO, Andréa (Org.). **Registro e políticas públicas de salvaguarda para as culturas populares**. Rio de Janeiro: Iphan, 2005. p. 7- 13.

SILVA, Márcia Santos da. **Interesse público e regulação estatal do futebol no brasil**. Curitiba: Juruá, 2012. 216 p.

SOMOGGI, Amir. Indústria do Esporte: Futebol, a maior paixão dos brasileiros, potencial mercadológico atual. **BDO**. Disponível em <<http://www.bdobrazil.com.br/pt/analises/esporte/Futebol,%20a%20maior%20paix%C3%A3o%20dos%20brasileiros.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015

SOUZA, Adriano Lopes, et al. Análise do futebol como um fenômeno sociocultural. **Eddeportes.com, Revista digital**. Buenos Aires, n. 159, inverno 2011. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd159/futebol-como-um-fenomeno-sociocultural.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2015

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial. **Revista CPC**, São Paulo, n.4, p.40-71, maio/out. 2007.

TORELLY, Luiz Philippe. **Patrimônio cultural**: Notas sobre a evolução do conceito. Revista eletrônica patrimônio. Ano 13. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/13.149/4539>>. Acesso em 24 out. 2015.

WESTPHAL, Euler. A pós-modernidade e as verdades universais: a desconstrução dos vínculos e a descoberta da alteridade. In: LAMAS, Nadja Carvalho; RAUEN, Taiza Mara (orgs). **(Pro)Posições Culturais**. Joinville: Univille, 2010.

A DIGNIDADE COMO PARÂMETRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ROMPIMENTO DE NOIVADO¹

DIGNITY AS PARAMATER OF CIVIL LIABILITY RESULTANT
OF ENGAGEMENT DISRUPTION

Thiago Vale Pestana²

Jeferson Moreira de Carvalho³

Carlos Eduardo Ferreira Costa⁴

Resumo

A proposta do presente artigo consiste em analisar a responsabilidade civil resultante do rompimento de noivado sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, objetiva-se discutir inicialmente a natureza jurídica do vínculo afetivo social dos esposais, para então se abordar a hipótese de responsabilidade civil decorrente de sua ruptura, considerando a eventual violação dos direitos de personalidade das partes envolvidas, bem como sua implicação na esfera da reparabilidade dos danos morais e materiais sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana. O desenvolvimento deste estudo se deu por meio de levantamento bibliográfico qualitativo em que se buscou analisar os fundamentos teóricos dos institutos jurídicos envolvidos e a exposição de situações concretas já apreciadas pelo judiciário nacional, para por fim se concluir que a estipulação de valores pecuniários em face da dissolução da promessa de casamento não representa uma monetarização das relações afetivas, na mesma medida em que a incidência do dano moral na circunstância descrita não necessariamente simboliza uma ofensa aos sentimentos humanos.

Palavras-chave: Dano afetivo. Noivado. Responsabilidade civil.

¹ Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de aprovação em 26/01/2016, 31/01/2016 e 01/02/2016, aprovação comunicada em 02/02/2016.

² Professor Efetivo da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, Campus II Imperatriz/MA, Departamento de Direito. Doutorando em Direito pela Faculdade de São Paulo – FADISP (CAPES 4). São Paulo/SP. E-mail: <thiagopestana@hotmail.com>.

³ Mestre e Doutor em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999 - 2005). Membro do Conselho da Escola Judiciária Eleitoral Paulista-EJEP (a partir de 10/9/2013). Professor da Escola Judiciária Eleitoral Paulista. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Integrante da 9ª Câmara de Direito Público. Presidente do Instituto Paulista de Magistrados - IPAM (2013/2015). II - Coordenador de assuntos internacionais (Bélgica, França e Chile), da Escola Paulista da Magistratura (2012/2013). Coordenador da área de Direito Eleitoral da Escola Paulista da Magistratura (2012/2013). Docente em Direito Público e Juiz Formador da Escola Paulista da Magistratura (2000/2008). Membro da Comissão de Coordenação da Revista Caderno Jurídicos, da Escola Paulista da Magistratura (2000/2004). Professor do programa de Doutorado da Faculdade de São Paulo – FADISP (Capes 4). Bolsista da FUNADESP.

⁴ Mestrando em Desenvolvimento Regional pela Faculdade Alves Faria – ALFA (CAPES 3).

Abstract

The purpose of this article is to review the civil liability resultant of engagement disruption from the perspective of the principle of human dignity. Therefore, it initially discusses the legal nature of the social bonding of engagement, and then addressing the liability hypothesis arising from their rupture, considering the possible infringement of personal rights of the involved parties as well as their involvement in the dimension of reparability of the moral and material damages through the principle of human dignity. The development of this study was conducted by qualitative literature review in which it sought to analyze the relevant theoretical foundations of the involved legal concepts and the exposure of concrete situations already examined by the national judiciary, to finally conclude that the stipulation of monetary values due to the dissolution of the marriage promise is not a monetization of affective relationships, as well as the incidence of moral damages in the circumstances described does not necessarily symbolizes an offense to human feelings.

Keywords: Emotional damage. Engagement. Civil liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza jurídica do vínculo civil dos esponsais. 3. Intimidade, direitos da personalidade e expectativa de casamento. 4. A responsabilidade civil decorrente da ruptura do noivado. 4.1. Caracterização geral da teoria da responsabilidade civil no Brasil. 4.2. O dano sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. 4.3. A compreensão jurisprudencial da reparabilidade dos danos gerados pelo fim do noivado. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A relação afetiva entre duas pessoas que planejam durante o tempo do namoro um futuro comum representa, além de um estágio natural de amadurecimento do próprio relacionamento em si, também a perspectiva de consolidação de uma vida matrimonial a qual, não raro, simboliza toda uma expectativa por parte das pessoas que com os esponsais convivem.

O estágio de noivado significa o momento que antecede o casamento. É a fase final dos preparativos dos noivos em que se notícia com relativa publicidade a composição futura da célula familiar, sendo esta base da sociedade. Contudo, é justamente nesse período que a hipótese de rompimento do noivado possui a potencialidade de acarretar à parte rejeitada uma série de transtornos em âmbito patrimonial e, de maneira mais sensível, em sede extrapatrimonial.

Dessa forma o problema enfrentado neste trabalho consiste em analisar a hipótese de responsabilidade civil resultante do rompimento de noivado ponderada na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que para que

esta proposta se tornasse possível, optou-se pela abordagem exploratória através de levantamento bibliográfico qualitativo, objetivando-se discutir, na primeira parte do trabalho, a natureza jurídica do vínculo civil existente entre os esponsais e o que isto representa em termos de conteúdo passível de responsabilidade civil perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Na segunda parte da abordagem buscou-se ponderar a intimidade enquanto valor integrante do rol dos direitos da personalidade em razão da expectativa de casamento gerada no período do noivado para, dessa forma, estruturar o aporte teórico necessário para se discutir a responsabilidade civil decorrente da ruptura de noivado.

Em seguida foi realizada a caracterização da responsabilidade civil no Brasil, sendo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana utilizado no viés ponderativo a respeito dos danos decorrentes de relacionamentos afetivos para, por fim, serem apresentados diversos julgados oriundos das cortes nacionais que cotejaram a hipótese de reparabilidade dos danos gerados pelo fim do noivado.

Toda a tratativa oportunizou concluir que o rompimento de noivado não apenas acena a possibilidade de reparação na forma pecuniária pelos danos morais que emergem da honra lanceada do nubente desiludido em seus sentimentos e expectativas, como também possibilitou constatar que a inequívoca prova da violação dos direitos da personalidade no viés da dignidade humana é *conditio sine qua non* para a articulada pretensão ressarcitória.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO CIVIL DOS ESPONSAIS

O noivado se configura como o compromisso social firmado entre duas pessoas as quais, dentro de uma dada perspectiva temporal mutualmente acordada, futuramente desejam se casar. Esta percepção amplamente difundida nas sociedades ocidentais representa uma realidade que difere de um simples namoro, o qual apesar de mais limitado quando comparado ao próprio casamento ou uniões estáveis “não pode ser reputado como instituto do Direito de Família, até porque o noivado está ainda na fase embrionária da formação de uma família, mas há possibilidade” (SILVA, 2010, p. 261).

Embora não receba trato legal no ordenamento jurídico pátrio, o noivado não deixa de merecer atenção da doutrina, nem tampouco deixa de ser matéria de apreciação para os julgadores com relativa recorrência, uma vez que se trata de comportamento o qual pode gerar direitos e obrigações facilmente aferíveis no universo do direito.

Nas palavras de De Plácidos e Silva (2013, p. 198) o designativo “esponsais” deriva do termo latino *sponsalia*, o qual indica o contrato, o compromisso ou a convenção que antecede o casamento, oportunizando a duas pessoas desimpedidas um melhor conhecimento mútuo em termos de suas afinidades e afetos (DINIZ, 2015), sendo o momento em que os noivos assumem reciprocamente e de livre e espontânea vontade o compromisso de se casar.

O noivado não é ato, via de regra, revestido de maiores solenidades. Não é comum, por exemplo, que compromissos de noivado sejam tabulados por escrito e torna-se muito mais difícil ainda pensar na possibilidade de um noivado levado a registro público. Entre os romanos, o compromisso de casamento era realizado com assentimento dos pais através de uma cerimônia pública em que se convidavam também os amigos dos noivos e das famílias, na qual o noivo presenteava a noiva com um anel, ritual que nos dias de hoje ainda costuma ser efetivado, todavia com simbolismo diferente.

Em tempos atuais é a partir da consolidação do ato jurídico perfeito dos ritos civis do casamento que este passa a existir validamente e de maneira formal. Seus efeitos obrigacionais passam a ser gerados a partir do momento da celebração, quando os nubentes perante o oficial celebrante afirmam o propósito de casar-se um com o outro e ouvem daquela autoridade a proclamação de que os declara casados.

Entretanto, tal circunstância não retira a necessidade de que o Direito reconheça o noivado como um comportamento cujo conteúdo reserve a potencialidade de gerar direitos e obrigações para os nubentes. Assim, é merecida a atenção ao seu estudo e inarredável a cautela em sede de práxis forense, não devendo passar sem apreciação a questão de eventuais danos causados pelo abrupto e lesivo rompimento de noivado. Esta é a compreensão de Rodrigues (2010, p. 252)

É possível que o rompimento unilateral e injustificável da promessa de casamento venha a trazer dano a um dos noivos. Em face do que foi dito, o

arrependido não pode ser forçado a casar-se. Entretanto, a questão a ser encaminhada é a de saber se poderá o arrependido ser compelido a reparar o prejuízo derivado de seu intempestivo e injusto arrependimento.

No mesmo sentido é a opinião de Cambi (2013, p. 319), o qual assim se posiciona

(...) o noivado, por ter a finalidade de resguardar o direito de um homem e de uma mulher, absolutamente capazes, de virem a celebrar futuramente seu casamento cria, ao menos, uma justa expectativa para ambas as partes. Não atribuir a esta justa expectativa nenhum efeito jurídico seria desconsiderar não só a liberdade das partes constituírem um futuro vínculo matrimonial, como também dar margem ao enriquecimento sem causa. No entanto, a consequência mais grave de não se proteger essa justa expectativa seria tornar sem efeito o princípio da boa-fé menosprezando a credibilidade e a confiança mútuas, que são dois elementos imprescindíveis à harmonia das relações afetivas. Deste modo, ficariam os homens condenados ao veredicto hobbesiano (de ser o lobo do homem), empobrecendo e até inviabilizando as relações humanas, já que a não proteção da credibilidade, na desesperança e na descrença do amor, relegando às pessoas o sofrimento e a mais profunda solidão.

Disto surge a necessidade de se auferir ao noivado evidentes efeitos jurídicos, vez que embora tal circunstância não torne obrigatório o casamento, certamente cria expectativas neste sentido e estas, uma vez frustradas em circunstâncias capazes de ofender certos valores ultimados em sede de proteção pela legislação aplicável, como a dignidade humana e os direitos de personalidade, podem significar a geração de danos a um dos noivos.

É notória a crescente interpelação de queixas perante a justiça brasileira em virtude dos efeitos de uma extinção ruínosa de noivado, principalmente no que concerne a plausibilidade e extensão de possíveis verbas indenizatórias decorrentes de tal acontecimento, posto que se o casamento é reputado como contrato (VENOSA, 2014) e o noivado simboliza um compromisso social no sentido de se firmar futuro casamento, torna-se coerente afirmar que o noivado pode ser reputado como um pré-contrato ou contrato preliminar, hipótese esta adiante detalhada.

3 INTIMIDADE, DIREITOS DA PERSONALIDADE E EXPECTATIVA DE CASAMENTO

A personalidade é compreendida hodiernamente enquanto a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil, sendo ela

indissociável da pessoa natural. Os direitos que decorrem da personalidade jurídica são necessários e essenciais ao resguardo da dignidade humana, valores estes universais, absolutos, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis e vitalícios (TAVARES, 2011, p. 98).

Desde o instante da concepção o ser formado recebe a segurança jurídica de ter seus direitos fundamentais garantidos, porém é verdadeiramente a partir do nascimento com vida que a pessoa natural adquire plenamente os direitos inerentes à sua personalidade, tais como a preservação de sua moral e honra, sua imagem e autodeterminação, seu nome e sua intimidade.

Assevera-se que todos estes são direitos de natureza extrapatrimonial e, por conseguinte, gerando para toda a sociedade o dever de respeitá-los, inclusive podendo os mesmos serem oponíveis *erga omnes*. A importância destes direitos é traduzida na forma com que os incisos X e XXVIII do artigo 5º da Constituição Federal foram idealizados, destacando-se no inciso X que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Tais garantias objetivam proteger a intimidade das pessoas nas mais diversas formas de interação social, como é o caso dos relacionamentos afetivos, inclusive os noivados. Quanto estes relacionamentos são encerrados de forma abrupta, injustificada, não se pode negar que a dor e o sofrimento causados por uma separação não desejada são intensos e profundos, apesar de que tais sentimentos, puramente de *per si*, não justificam a hipótese jurídica de dano moral indenizável.

Assim sendo, é perceptível o enfoque contido no dispositivo constitucional retro mencionados os quais oportunizam três percepções dos direitos da personalidade: a imagem-retrato, que decorre da expressão física do indivíduo (inciso X), a imagem-atributo (inciso V) referente ao conjunto de características pessoais apresentadas pelo sujeito perante a sociedade e a proteção da imagem como direito do autor (inciso XXVIII).

Dentre os direitos que compõe a personalidade se destaca em primeiro lugar a imagem, a qual versa sobre o respeito ao benefício que o próprio indivíduo possui sobre a projeção de sua personalidade, física ou moral, perante a sociedade. Igualmente é o caso do direito à intimidade e à privacidade, os quais como visto, estão compreendidos no alcance do sentido de suas nomenclaturas à complexidade dos demais direitos correspondentes, todos sendo afetos à dignidade humana.

Em seu sentido objetivo a honra pode ser definida como a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que vive, sendo portanto um valor externo, alheio à autopromoção individual, porém dependente do conceito atribuído por terceiros (FARIAS, 2014). Por outro lado, o caráter subjetivo da honra se relaciona com a contemplação pessoal da imagem refletida do ser, segundo os valores que a própria pessoa, e somente ela em sede de foro íntimo, cultiva de si próprio. Trata-se de conceito relacionado a um “estado ou sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade” (BITTAR, 2010, p. 73).

De fato o marco legislativo da Constituição de 1988 representou também o primeiro momento no qual em sede de tutela constitucional se buscou proteger expressamente a intimidade e a vida privada, sendo estas elevadas no Texto Maior ao patamar de valores humanos superiores, consubstanciando-se enquanto direitos individuais protegidos universalmente.

Leve-se em conta ainda, que a quebra da promessa de casamento pode ocasionar distúrbios psicológicos que deságuam nos danos morais, o que deve ser examinado no caso concreto (VENOSA, 2014), vez que as medidas protetivas adotadas pela Constituição Federal de 1988 no tocante aos direitos de personalidade justifica o fato de que “nossos erros, nossas imperfeições e até mesmo nossas virtudes não devem estar obrigatoriamente expostas ao domínio público” (BITTAR, 2010, p. 37), sendo a privacidade em última análise uma preocupação de todo ser humano.

O enquadramento do direito à intimidade com direito de personalidade, fica, evidente, quando notamos que o caráter essencial de ambos, representando o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana. As características que identificam os direitos da personalidade determinam, igualmente, os direitos à intimidade: são ambos pessoais, extrapatrimoniais, inalienáveis, absoluto, imprescritíveis e, se trata, ainda, de direitos postos e garantidos pelo Estado (GIANNOTTI, 2012, p. 194).

Portanto o direito à privacidade garante ao indivíduo a manutenção oculta da sociedade de sua vida familiar, suas preferências sexuais e religiosas, suas aventuras amorosas, os segredos dos negócios, bem como seu lazer, ou seja, é o direito que limita até onde um indivíduo pode vasculhar e expor da vida do outro, formado assim a partir de relações que são marcadas pela confidencialidade.

A preservação da intimidade assegura também a manutenção da honra pessoal, sendo este valor protegido enquanto garantia fundamental justamente por

representar um conjunto de qualidades morais que todo ser humano detém e pelas quais é reconhecido

Prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva) compreendendo o bom nome e a fama de que se desfruta, no seio da sociedade, enfim a estima que a cerca nos seus ambientes familiar, profissional, comercial ou outro. Alcança também, o sentimento pessoal de estima ou a consciência da própria dignidade que é a honra subjetiva (BITTAR, 2010, p. 321).

Desta forma a honra é um atributo próprio da pessoa e independente de quaisquer diferenças de raça, religião ou condição social, sendo considerada um direito inato da personalidade, acompanhando o homem desde antes de seu nascimento e não deixando de existir enquanto bem tutelável nem mesmo após a morte, segundo o estabelecido no parágrafo único do artigo 12 do Código Civil.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA RUPTURA DO NOIVADO

Nesta seção são discutidos os vieses da teoria da responsabilidade civil mormente o fim do noivado sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana de acordo com a previsão normativa no Brasil e do entendimento havido em alguns casos em que foi apreciada a hipótese de reparação dos danos nesta esfera.

Como visto, o noivado enquanto promessa de casamento é período pré-contratual que antecede a celebração do enlace matrimonial. É nesse momento que o comportamento dos esposais mais passa a ser perscrutado pelo crivo sociojurídico da boa-fé, normalmente no que tange a responsabilidade pela realização de despesas das mais diversas sortes como rito de preparação ao futuro convívio.

Igualmente é a previsão do artigo 113 do Código Civil em vigor, o qual consagra a boa-fé como cláusula geral de interpretação dos negócios jurídicos livremente acordados, tenham estes natureza patrimonial, pessoal ou puramente afetivos, devendo em todo o caso serem interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Tal raciocínio é reforçado nos termos do artigo 422 da mesma norma, momento em que o legislador prescreveu o dever da boa-fé aos contratantes assim

na conclusão do contrato como em sua execução, na mesma medida em que todos devem se dispensar respeito e tratamento probo em regime de reciprocidade. Assim, a abrupta interrupção injustificada da relação pactual importará na responsabilização do agente com base na culpa *in contrahendo*, geradora da necessidade de reparar quem foi inculcado em razoável convicção de que o contrato seria formado, *ex vi* o noivado e o casamento, porém frustrado sem motivo razoável, o que enceta a eventual possibilidade de inflição de danos à outra parte.

4.1 Caracterização geral da teoria da responsabilidade civil no Brasil

Através do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 foi que a discussão em nível de garantia fundamental da responsabilidade civil passou a adquirir relevância em face do conteúdo presente nos incisos V e X do referido dispositivo, o qual elencou, enquanto garantia pétrea, o direito de resposta proporcional ao agravo cominado com a indenização por dano material, moral ou à imagem.

Contudo, ainda que a Carta Magna tenha declarado serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, também assegurando o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação, a teoria da responsabilidade civil no direito brasileiro só foi capaz de chegar a este patamar após experimentar sensível evolução na sua composição a partir das raízes do Direito Civil Romano.

Ressalte-se, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos juristas daquela época, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais.

Este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é uma questão entre particulares. (LIMA, 2009, p. 20)

A Lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. Outro marco relevante na evolução histórica da responsabilidade civil se deu ainda através da edição da *Lex Aquilia*, cuja relevância foi tão significativa que foi capaz de gerar nova designação epistêmica à responsabilidade civil, daí surgindo a delitual também chamada extracontratual.

Sistematizando essa visão da responsabilidade civil no Direito da Antiguidade, destaca Lima (2009, p. 26-27)

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, no fixar da responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei aquiliana, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.

Em que pese o salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido na medida em que esta foi incorporada ao Código Civil brasileiro de 1916.

Todavia, tal teoria clássica da culpa não conseguiu satisfazer todas as necessidades da vida em comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Desta feita, dentro do próprio sistema então gerado se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo atual Código Civil cujos pressupostos são o ato ilícito ou conduta, a culpa, o dano e nexos de causalidade.

A responsabilidade civil está diretamente ligada à conduta que provoca danos à outra pessoa. Ao começar a fazer referência aos elementos da responsabilidade civil, verifica-se no artigo 186 do Código Civil vigente a base consagradora do princípio *neminem laedere*, ou seja, a ninguém é dado causar prejuízo a outrem

Analisando este dispositivo – mais preciso do que o correspondente da lei anterior, que não fazia expressa menção ao dano moral – podemos extrair os seguintes pressupostos gerais da responsabilidade civil: conduta humana (positiva ou negativa); dano ou prejuízo; o nexos de causalidade (PAMPLONA; GAGLIANO, 2011, p. 65).

A conduta humana é o primeiro elemento do ato ilícito, e por consequência da responsabilidade civil. Tal elemento é compreendido como o comportamento humano voluntário ou não o qual simboliza a liberdade da escolha do agente externada através de uma ação ou omissão capaz de reverberar enquanto consequência jurídica no dever de indenizar.

A voluntariedade significa a vontade e o discernimento livres do agente, é a consciência da ação e não a vontade de praticar o ato. Por sua vez, a omissão se dá quando o agente deixa de observar algo que tem o dever de perceber, enquanto que a ação significa a atitude tomada pelo agente a qual o mesmo deveria se abster.

Apesar de que em não existindo demonstração cabal que o futuro cônjuge desistente, o qual tendo manifestado interesse pela não conversão do noivado em casamento, haja submetido o outro esponsal a situações tais que ensejam violação dos direitos de sua personalidade ou, ainda, qualquer aspecto de sua dignidade ou patrimonialidade, não há de se cogitar qualquer hipótese de indenização moral, material ou afetiva posto haver agido o causador da ruptura em exercício regular de um direito seu, o que afasta a ilicitude do ato praticado de acordo com o inciso I do artigo 188 do Código Civil.

O último elemento da teoria moderna que se destaca neste estudo para fins de investigação da possibilidade de existência de responsabilidade civil decorrente

da ruptura de noivado é o nexos de causalidade, ou o vínculo entre a conduta praticada pelo agente e o resultado danoso produzido por essa conduta, sendo este pressuposto ponto crucial nas abordagens seguintes.

4.2 O dano sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana

O dano à imagem previsto no artigo 5º da Constituição Federal se refere aos atentados cometidos contra a valorização de alguém perante terceiros, no que diz respeito às suas características individuais, subjetivas e abstratas, ficando evidente que o dispositivo se refere tanto à imagem da pessoa como também os sinais pessoais de natureza física que a particularizem através dos critérios de individualidade, identidade e reconhecimento.

Com a advento da Carta Política de 1988 ocorreu a constitucionalização do direito à reparação dos danos morais e, por consequência, todos os conceitos inerentes à responsabilidade civil careceram ser revistos posto que essa nova ótica do direito objetiva a preservação e garantia dos valores jurídicos intrínsecos ao indivíduo, ser livre e destinatário de irrestrita proteção do ordenamento.

Uma das bases do Estado Democrático de Direito é o respeito à dignidade da pessoa humana, desta forma estando consagrada no inciso III do artigo 1º da Carta Magna brasileira que

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Fixar na Constituição a dignidade da pessoa foi a maneira que o legislador encontrou para assegurar aos cidadãos uma vasta proteção dos direitos que daí decorrem. A respeito da iniciativa, Cavalieri Filho (2013) defende a opinião de um direito constitucional subjetivo à dignidade, resultado da proteção constitucional destinada ao indivíduo inserido na Constituição e que foi capaz de atribuir ao dano moral uma nova feição e de maior dimensão, porque “a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”. (CAVALIERI FILHO, 2013, p. 101).

Ao trazer de maneira expressa em seu bojo a dignidade da pessoa humana como uma das bases da República Federativa, a Constituição de 1988 buscou assegurar os direitos fundamentais de cada pessoa da sociedade, pura e simplesmente pela razão de serem indivíduos. Assim, este supraprincípio se consubstanciou em cláusula pétreia nos termos do artigo 5º V e X, determinando o direito à indenização vez que o homem passou a ser visto como ente dotado de uma dignidade intrínseca, cujo valor não dispensa qualquer economia em sua defesa.

Portanto o Texto Magno passou a compreender a pessoa como titular de um patrimônio muito superior ao de mero significado econômico e pecuniário, ampliando esta definição para por fim admitir a existência de um patrimônio moral, imaterial, o qual sem dúvida alguma é tão ou mais importante que aquele.

Os direitos da personalidade podem ser sucintamente definidos como os direitos que todos os indivíduos possuem sobre elementos básicos, como a honra, a integridade física e psicológica, a tranquilidade, enfim, todos os elementos que compõem os bens não patrimoniais dos seres humanos. Como ponto central básico à proteção desses elementos está o princípio, hoje absoluto, da dignidade humana (CAVALIERI FILHO, 2013, p. 243).

Dessa forma, o dano moral deve ser considerado como uma lesão a qualquer um dos elementos que compõem o basilar princípio da dignidade da pessoa humana. Toda ação ou omissão que atingir a pessoa em sua condição humana, de modo a afetar sua existência social deve ser reparada, pois somente com a ampla proteção constitucional será possível garantir às pessoas a preservação de sua personalidade e, em linhas gerais, de sua intrínseca dignidade.

Decerto o dano moral pode significar tanto a violação da integridade física quanto psicológica do lesado e, uma vez atingindo a estrutura psíquica da vítima, pode acarretar traumas irreparáveis. Todos esses fatores devem ser levados em consideração pelo julgador na hora de mensurar o *quantum debeat*, vez existir significativa diferença entre um ato que somente provoca um transtorno nos direitos da personalidade de um indivíduo e o ato que acarreta traumas a um ou vários desses direitos. Eis o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa sobre o que ora se pondera

O dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios

etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa. O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas (VENOSA, 2014, p. 41).

Nesse sentido, uma eficiente avaliação das consequências psicológicas é essencial para uma posterior quantificação pecuniária, sendo então mais e mais necessária para resolver tais espécies de conflitos judiciais, especialmente quando se trata do Direito de Família, porque só assim o juiz disporá de todos os elementos objetivos e subjetivos necessários para a correta análise exigida nas entrelinhas de um relacionamento afetivo interrompido, como é o caso do desfazimento do noivado.

4.3 A compreensão jurisprudencial da reparabilidade dos danos gerados pelo fim do noivado

Ainda que do rompimento de uma relação afetiva resultem transtornos de ordem psíquica para quem viu desfeitos os seus sonhos de felicidade, provocando ao indivíduo dor e angústia, não se pode considerar a decepção amorosa advinda do desfazimento do noivado como parâmetro exclusivo para determinar a hipótese de dano moral indenizável.

Ação indenizatória. Rompimento de noivado a menos de quarenta dias da data do casamento. Recusa injustificada pelo noivo não demonstrada. Ausência de comprovação do fato constitutivo do direito invocado. Danos material e moral inexistentes. Sentença que se reforma. Recursos conhecidos, provido o primeiro e julgado prejudicado o segundo. TJ/RJ Apelação Cível 0187324-53.2008.8.19.0001. Des. Wagner Cinelli. Data do julgamento: 28/09/2011.

Tal trabalho é atribuído ao julgador, devendo este distinguir as diferentes situações que a vida apresenta, a fim de não reduzir a valores monetários todas as dores advindas do término de uma relação afetiva, ainda que firmemente calcada na perspectiva de contração matrimonial futura, devendo discernir os casos extremos, como por exemplo, a pública difamação, a injúria grave, as sevícias, as lesões corporais e outras que possam decorrer do descumprimento do dever conjugal gerador de pretensão ressarcitória. Já na dimensão dos danos materiais:

Responsabilidade Civil. Ruptura de Noivado. Danos materiais. Dever de ressarcir os gastos efetivamente comprovados com a reforma da casa da noiva. Sentença de procedência em parte, para reconhecer o dever de indenizar o valor despendido com o jogo de jantar. Apelação Cível 537.729.4/2-00. Des. Oscarlino Moeller. Data do julgamento: 30/01/2008.

Isto posto, o rompimento imotivado ou injustificado do noivado só pode dizer respeito ao fato de que não se tem mais a vontade juridicamente protegida de casar. Sobre o tema em destaque eis o entendimento da Corte Gaúcha, ambiente sempre fértil em sede de discussões dessa natureza

Dano moral – Rompimento de noivado – De regra, o rompimento de relacionamentos afetivos não gera o dever de indenizar pela simples e óbvia razão que não se controlam os sentimentos. Se um noivado se funda no sentimento do amor e desaparecendo esse, não se pode compelir alguém a manter o vínculo, sob pena de indenização em prol do parceiro. No jogo afetivo deve haver ampla liberdade para decidir, inclusive atendendo-se ao critério de conveniência. O que pode ensejar a indenização é o rompimento escandaloso e que venha a humilhar outrem. TJ/RS Embargos Infringentes nº 598348464. Des. Décio Antônio Erpen. Data do julgamento: 03/09/1999.

Analisando outro caso, o referido tribunal compreendeu que

Os prejuízos causados à Apelada com o imotivado rompimento do noivado no justo momento em que, já na igreja, esperava inutilmente a noiva pelo réu, devem mesmo ser pagos por este, segundo se apurar em execução como decidido está. Consigna-se que a indenização não é concedida pelo simples rompimento do noivado, pois não se ignora que ao réu era livre de casar ou não. Justificam-se os prejuízos sofridos com os gastos feitos para a realização das núpcias frustradas, o que deve ser levado a débito do réu, pelo princípio de que quem der causa a dano de outrem deve repará-lo. Ensina Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, t.53/233) que, apesar de não consignar o direito brasileiro a promessa de casamento, o noivado, como negócio jurídico, haverá lugar para o ressarcimento se um dos noivos fez despesas e tomou resoluções que lhe alteraram o ritmo de vida. Os sponsais são ato de dimensão ética e não entram no mundo jurídico, permanecendo, para o direito, no mundo ético, mas podem dar ensejo a lesões. (RT 461: 214)

Porém quando o problema consiste no exercício abusivo do direito de não casar, o Código Civil estabelece também haver responsabilidade para a parte causadora, posto estar determinado em seu artigo 187 também cometer ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CASAMENTO. INOCORRÊNCIA. DANO MATERIAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Cerimônia não realizada por iniciativa exclusiva do noivo, às vésperas do enlace. Conduta que infringiu o princípio da boa-fé, ocasionando despesas, nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado. Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da culpa *in contrahendo*, pela teoria do abuso do direito, segundo outros. Embora as tratativas não possuam força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé, dá ensejo à pretensão indenizatória. Confirmação, em apelação, da sentença que assim decidiu. TJ/SC. Apelação Cível n. 70027032440. Des. Marielen Czeivah. Data do julgamento: 29/05/2013.

Na mesma esteira, os danos morais devem ser indenizados somente quando caracterizada uma ofensa anormal, que extrapole a franqueza e a sinceridade as quais devem permear toda e qualquer relação jurídica. O rompimento vexatório e desonroso do noivado, bem como o desfazimento de qualquer laço de afetividade nessas condições, deve ser coibido sob pena de ser endossada ofensa à própria dignidade da pessoa humana.

Sem sombra de dúvida que o comportamento daquele que rompe injustificadamente o noivado, poucos dias antes da data marcada para o enlace matrimonial e após serem realizados todos os preparativos para o evento, provoca dor, tristeza e sofrimento no outro, acarretando-lhe a perda da autoestima pelos constrangimentos a que é submetido perante amigos e familiares, além de trauma emocional de difícil reparação, impondo-se, muitas vezes, a assistência de um profissional especializado. (VIEIRA E FERREIRA, 2009, p. 19)

Assim ocorrem situações típicas de violação ao patrimônio material e moral da outra parte que desejaria dar continuidade ao relacionamento com vistas ao casamento, apesar de que em si mesmo “o noivado não acarreta a obrigação de casar, todavia, a doutrina com repercussão na própria jurisprudência, tem admitido responsabilidade civil por ruptura injustificada de noivado” (REsp 251689/RJ, Apelação Cível 0282469-5 do TJ/PR).

NOIVADO ROMPIMENTO DE COMPROMISSO CONDOTA ILICITA VIOLACAO DA INTIMIDADE OBRIGACAO DE INDENIZAR APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ROMPIMENTO DE NOIVADO. DANO MORAL CONFIGURADO. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS EFETUADAS COM OS PREPARATIVOS PARA O CASAMENTO. 1. É cediço que inexistente no ordenamento jurídico pátrio o direito à celebração de casamento, eis que, consoante o disposto no artigo 1.514 do Código Civil, o casamento pressupõe a manifestação voluntária da vontade dos nubentes, de forma que não configura ato ilícito o mero rompimento de noivado, se não

demonstradas maiores repercussões do fato que se traduzam em ofensa à dignidade da pessoa. 2. Configurada, na hipótese, a conduta ilícita do apelante, considerando as peculiaridades do caso, impõe-se o dever de indenizar pelos danos causados, estando o quantum razoavelmente arbitrado. 3. Devido o ressarcimento à autora dos valores despendidos com os preparativos para a realização da cerimônia de casamento por aquele que deu causa à rescisão, bem como dos demais gastos referentes ao imóvel em que viriam a residir, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do réu. Todavia, devem ser consideradas somente as despesas efetivamente despendidas. 4. Provimento parcial do recurso apenas para alterar o valor da reparação pelos danos materiais. Vencido o Des. Pedro Freire Raguene. Acórdão em Apelação Cível 0012283-79.2007.8.19.0204. Des. Benedicto Abicair. Data do julgamento: 24/08/2011.

A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudente que leve em conta a necessidade de que a quantia arazoada satisfaça a dor da vítima evidentemente não se tratando de um valor que se submete ao livre talante do julgador, sem quaisquer critérios.

Mas, como já dito, a criação psicológica de fundada expectativa de casamento, a qual é alimentada dia após dia e posteriormente é frustrada quando imotivadamente, traduz a violação dos deveres de urbanidade e boa-fé, gerando direito ressarcimento à parte enganada posto que “o nosso ordenamento ainda admite a concessão de indenização à mulher que sofre prejuízo com o descumprimento da promessa de casamento” (STJ - RESP 251689 - RJ - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 30.10.2000).

Dessa forma, a relevância da discussão da natureza jurídica da promessa de casamento gira em torno da possibilidade ou não de se pleitear ressarcimentos decorrentes dos danos morais havidos em circunstância de dissolução de noivado. Essa indenização não diz respeito apenas aos gastos provenientes dos preparativos para a cerimônia, mas também os danos psicológicos sofridos pela pessoa abandonada os quais devem ser analisados de forma minuciosa.

Decerto a tristeza experimentada com o fim de noivado pode tanto representar simples expressão da dor e do sentimento de perda, o que não caracteriza ilícito capaz de gerar a obrigação de indenizar por um lado, mas que por outro, sendo os danos morais ou materiais lúdimos, inequivocamente comprovados, estes deverão ser compostos por seu autor.

Toda promessa de contratar frustrada gera, em princípio, efeitos obrigacionais para o devedor responsável pela inexecução culposa, o que no caso

da quebra da promessa séria de casamento é fato gerador, sem dúvida, do dever de indenizar com base nos princípios gerais da responsabilidade civil subjetiva, traduzida na regra geral do artigo 186 do Código Civil vigente, ainda que decorrente de culpa exclusiva de uma ou de ambas as partes, como é o caso em que a noiva ou o noivo levaram a cabo todos os preparativos materiais normalmente necessários para a cerimônia do casamento, sua comemoração e para a futura vida em comum.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Rompimento de noivado - Enriquecimento sem causa. (...) Embora lícita a conduta do réu, persiste o dever de compensar pela metade dos prejuízos econômicos sofridos em razão do cancelamento das festividades de casamento - Vedação ao enriquecimento sem causa - Festa que beneficiaria a ambos - Réu não pode deixar de sofrer diminuição patrimonial às custas da diminuição do patrimônio da autora - Dever de suportar com metade dos prejuízos decorrentes do cancelamento da festa - Recurso provido em parte. TJ/SP Apelação Cível 5494844600. Rel. Francisco Loureiro. Data do julgamento: 16/04/2009.

Isto posto, as consequências jurídicas provenientes de um rompimento de noivado carregado de expectativas e afetos frustrados podem ser as mais variadas possíveis. Tudo vai depender do grau de sensibilidade e da forma como cada pessoa exterioriza seus sentimentos ou aplica seu patrimônio.

6 CONCLUSÃO

Por ser a responsabilidade civil um instituto extremamente dinâmico, vem ela acompanhando as mudanças de comportamento da sociedade, onde o dano ao patrimônio moral ou material de outrem deixou de ser sopesado restritivamente a situações individuais e passou a fazer parte do interesse jurídico coletivo.

Na perspectiva discutida nesta abordagem, qual seja, a possibilidade de incidência da responsabilidade civil decorrente da promessa de casamento entre esposais não cumprida, revela-se aqui uma nova dimensão para a existência de danos que decorrem da frustração afetiva, prejuízos estes que não atingem somente o sujeito ofendido, como também seu núcleo familiar, de amigos e demais círculos de convivência.

Por outro lado, não é possível que um nubente seja juridicamente reprimido por ter desistido de se casar. Apesar disto, foi constatado que não se

pode negar estritamente a possibilidade de incidência do dano moral em face da dissolução da promessa de casamento, ademais se há abuso no direito à liberdade de se decidir pela conversibilidade dos noivos em esposos ou não, pois a ruptura desmotivada pode gerar sérios efeitos nocivos à parte rejeitada.

O ordenamento civil brasileiro consagra a necessidade da livre manifestação de vontade das partes tanto para a formação, celebração, modificação e término dos negócios jurídicos de maneira geral, aí se incluindo as relações afetivas, o namoro e o noivado com expectativa futura de conversão em casamento, sem contudo deixar de atribuir responsabilidade pelo exercício resultante de tal liberdade.

Pôde-se concluir, assim, que a estipulação de um valor pecuniário em face da dissolução da promessa de casamento não representaria uma monetarização das relações afetivas. Antes, deve ser considerada a dimensão dos direitos prejudicados para então, e somente então, determinar se a única forma de reparação possível para estes danos far-se-ia através da quantificação financeira.

O dano moral além de representar uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana pode trazer sérias consequências à estrutura psicológica do indivíduo, sendo que tal fato precisa ser levado em consideração pelo julgador no momento em que este fixa o *quantum* devido. Sob tal ótica, ressaltou-se a importante contribuição que um estudo transdisciplinar sobejante ao Direito pode conferir à solução desta espécie de litígio.

Trata-se, pois, de um assunto que não encontra solução razoável na forma de regra única a ser seguida, vez que em muito depende do comportamento e da reação psíquica das partes. Apesar disso, a pesquisa realizada demonstra que existe a possibilidade de incidência do dano moral pela dissolução da promessa de casamento, sem que isso represente uma ofensa aos sentimentos humanos, mas capaz de tornar efetivo o direito à liberdade o qual decorre, em última análise, da própria dignidade das pessoas.

7 REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 2000.

BRASIL. Tribunal do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 70027032440.** relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: <<http://www.clarissa.bottega.com/Arquivos/Familia/Jurisp/noivado%2001.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CAMBI, Inácio Orlean Silva e. **Responsabilidade civil no Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2013.

CARMO, Jairo Vasconcelos. Responsabilidade civil por ruptura de casamento e de união estável. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 21, 2003, p. 45-53. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_45.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2013.

DE PLÁCIDOS, Antonio Augusto C. SILVA, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil: fixação do quantum.** Campo Grande: UCDB, 2000. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil – vol. VII.** São Paulo: 2015.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIONNOTTI, Edoardo. **A Tutela Constitucional da Intimidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA Caio Mário da Silva e Orlando GOMES, RODRIGUES, Silvio. **Dano moral, dano material e reparação.** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2010.

PAMPLONA Filho, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 13. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTO, Priscilla S. M. Souto. **O dano moral pelo rompimento da promessa de casamento.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclu_sao/1semestre2013/trabalhos_12013/PriscillaSilvaMottaSoutoPorto.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2015.

RODRIGUES, José Roberto Silvio de. **Dano moral e obrigação de indenizar.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, João Fernandes Vieira da. Questão de fato e questão de direito: quantificação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, ano. 25, n. 100, p. 257-273, out./dez. 2010.

TAVARES José. **Os princípios fundamentais do Direito Civil.** São Paulo: Red, 2011.

VEIRA, Tereza Rodrigues. FERREIRA, Rafaela Lanutte. Indenização por ruptura de noivado. **Revista Consulex**, n. 298, Junho de 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil – vol. VII.** São Paulo: Atlas, 2014.

OS REFLEXOS DA REFORMA GERENCIAL NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A IMPLEMENTAÇÃO DO MECANISMO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL¹

THE MANAGERIAL REFORM AND THE EFFECTS IN THE DIFFERENTIAL PUBLIC
PROCUREMENT: THE ARRANGEMENT OF VARIABLE REWARD

*Giovani Corralo*²

*Bruna Lacerda Cardoso*³

Resumo

O presente trabalho científico realiza reflexões acerca do mecanismo da remuneração variável, presente no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), frente à efetivação do princípio da eficiência, base da reforma do aparelho do Estado executada no Brasil. Longe de buscar purezas metodológicas, foi utilizado o método dialético na elaboração desta pesquisa. Nesse sentido, fez-se necessário trabalhar a Lei Geral de Licitações (LGL) e a inclusão do RDC no sistema licitatório. Em sequência, aborda-se a reforma gerencial da administração pública brasileira e a sua efetivação na atualidade. Por fim, reflete-se sobre o mecanismo da remuneração variável como instrumento concretizador do princípio da eficiência e a sua correlação com a Reforma Administrativa de 1995, o que resta cabalmente demonstrado.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Remuneração variável. Reforma administrativa de 1995. Princípio da eficiência.

Abstract

The goal of this scientific work is to reflect about the arrangement of variable reward and the efficiency principle in Brazilian differential public procurement. Far away from persecute purity methodological, this work uses the dialectical methodology. In this way, It is studied the public procurement general law as well the differential public procurement law. In sequence is analyzed the

¹ Artigo submetido em 06/07/2015, pareceres de aprovação em 28/01/2016 e 18/02/2016, aprovação comunicada em 19/02/2016.

² Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor da graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor convidado do Programa de Mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola. Participante do projeto de pesquisa Observatório de Administração Pública: o poder na função administrativa da UPF. E-mail: <gcorralo@upf.br>.

³ Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e participante do projeto de pesquisa Observatório de Administração Pública: o poder na função administrativa da UPF. E-mail: <brunalcardoso@live.com>.

managerial reform in Brazilian public administration and the efficiency principle. Lastly It is done the relation among the arrangement of variable reward as a tool to effective the efficiency principle and your correlation with managerial reform of 1995, what is demonstrated.

Keywords: Differential public procurement. Efficiency principle. Managerial reform. Variable reward.

Sumário. 1. Introdução. A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. 3. A Reforma Gerencial do Estado de 1995. 4. O instrumento de remuneração variável do regime diferenciado de contratações e a reforma gerencial. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é tecer reflexões sobre o mecanismo da remuneração variável, disposição normativa estabelecida no art. 10 da Lei 12.462, de 05 de agosto de 2011, frente à busca pela eficiência, difundida veementemente pelos movimentos da década de 1990, que resultaram na reforma gerencial da Administração Pública no Brasil.

Observa-se, inicialmente, que não há pretensão de delinear interpretações ou posicionamentos definitivos sobre o tema. Há, por outro lado, apenas um anseio em construir uma visão diferenciada para o mecanismo da remuneração variada, buscando compreendê-lo sob a ótica das pretensões perseguidas pela segunda grande reforma administrativa no Brasil.

Dessa maneira, inicia-se com um panorama geral entre o Regime Geral de Licitações no Brasil (LGL), previsto na Lei 8.666/93, e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), estabelecido na Lei 12.462/2011. Dessas bases legislativas são abordados os princípios, os objetivos, as diretrizes, a obrigatoriedade de licitar e suas exceções, bem como as modalidades estabelecidas na LGL e a inclusão do RDC como uma delas.

Posteriormente, aborda-se a reforma gerencial do estado ocorrida no ano de 1995 e a implementação da cultura pela eficiência, com a sua conseqüente aplicação na atualidade.

Por fim, reflete-se sobre o mecanismo da remuneração variável presente no RDC e a provável influência da Reforma Administrativa da década de 90, que buscou insistentemente a concretização da eficiência nas contratações públicas.

Na elaboração e desenvolvimento desse estudo, longe de se buscar uma pureza metodológica, inadequada nos dias de hoje, prepondera a utilização do método dialético.

2 A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A atuação do ente público estatal, buscando legitimar o Estado Democrático de Direito, tem como principal objetivo a efetivação do bem comum. Para que isso ocorra, é necessário, muitas vezes, a contratação de obras, serviços e a aquisição de bens, o que deve se dar, excetuados os casos de dispensa⁴ e inexigibilidade⁵, através de prévia licitação, cujo desiderato é analisar a proposta mais vantajosa à administração, a fim de alcançar a concretização do interesse público. (MEIRELLES, 2010, p. 23; MEDAUAR, 2006. p. 179; CRUZ, 1914, p. 19)

O procedimento licitatório, nesse sentido, é o conjunto de atos realizados pela administração pública, os quais antecedem à efetivação de um contrato administrativo (PALAVÉRI, 2003, p. 3; MEDAUAR, 2006, p. 179; MEIRELLES, 2010, p. 24), tendo como principal objetivo a efetivação da melhor e mais vantajosa proposta. Assim, não é possível compreender a licitação como uma atividade administrativa autônoma (JUSTEN FILHO, 2014, p. 426-427), mas sim, como “o antecedente necessário do contrato administrativo” (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2012. p. 286).

O sistema licitatório no Brasil, principalmente após a Constituição de 1988, sofreu profundas mudanças em sua essência e sistematização. A Constituição Federal de 1988 trouxe, no art. 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de as contratações

⁴ Há dois casos em que ocorrerá a dispensa de licitação: a) Licitação Dispensável: Quando, embora haja possibilidade de competição entre os licitantes, a lei faculta a sua utilização, tudo em razão do interesse e conveniência do interesse público. b) Licitação Dispensada: A própria lei obriga que o administrador dispense a licitação, não havendo discricionariedade. Entretanto, importante referir que em ambos os casos as hipóteses são taxativas na lei, conforme estabelecido no Art. 24 da Lei Geral de Licitações. Cf. Di Pietro, 2014, p. 387; Palavéri, 2003, p. 110; Meirelles, 2010, p. 101; Justen Filho, 2014, p. 287; Moraes, 2006, p.154.

⁵ A inexigibilidade de licitação será utilizada quando não houver possibilidade de haver competição entre os licitantes, ora em virtude da natureza do negócio, ora em detrimento da característica peculiar do contratante. Hipótese prevista no art. 25 da Lei Geral de Licitações. Cf. Meirelles, 1995, p. 246. Palavéri, 2003, p. 148; Araújo, 2014, p. 605; Meirelles, 2010, p. 113; Moraes, 2006, p.155.

públicas ocorrerem com prévia licitação, cuja regulamentação⁶ deu-se através da Lei 8.666 de 1993. Entretanto, com o passar dos anos, a LGL tornou-se insuficiente para algumas demandas, impulsionando o surgimento de novas normas que a complementaram, tais como a Lei 8.987/95⁷, a Lei 10.520/2002⁸, a Lei 11.079/2004⁹ e, por fim, a Lei 12.462/11, que dispõe sobre a instituição do RDC.

De forma sucinta, é possível dizer que a licitação é o caminho pelo qual o Estado, visando a aquisição ou alienação de bens, bem como a realização de obras ou serviços, por meio de um procedimento administrativo interno e objetivo, seleciona, dentre os participantes interessados, a proposta que trazer mais vantagem para a administração (JUSTEN FILHO, 2014, p. 11; DI PIETRO, 2014, p. 356; MEIRELLES, 2010, p. 25; CRETELLA JÚNIOR, 1999. p. 55; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 534).

A Lei de Licitações, em virtude de seu caráter geral, é considerada, para alguns doutrinadores “um dos diplomas normativos infraconstitucionais mais importantes do direito público brasileiro” (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 34). Isso ocorre, sobretudo, em razão de que é nele que estão positivados os princípios e as regras mais importantes das licitações e contratos administrativos.

Nesse sentido, a menção aos princípios e às modalidades de licitação é imprescindível. Antes, porém, é importante mencionar as finalidades do sistema licitatório brasileiro, as quais se encontram no art. 3º da Lei 8.666/93. O referido dispositivo preceitua que as licitações destinar-se-ão a garantir o princípio da isonomia¹⁰, da proposta mais vantajosa¹¹, e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável¹². (PALAVÉRI, 2003, p. 3; DI PIETRO, 2014, p. 369)

⁶ Hely Lopes Meirelles, de forma contrária, entende que a Lei 8.666/93 não regulamenta o estabelecido no Art. 37, XXI da Constituição Federal, mas sim, que ela estabelece normas gerais sobre licitações, previstas no Art. 22, XXVII da Constituição Federal. Cf. Meirelles, 2010, p. 25;

⁷ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 28 jun. 2015;

⁸ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em: 28 jun. 2015;

⁹ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acesso em: 28 jun. 2015;

¹⁰ Objetiva o dever de a administração proporcionar condições iguais aos participantes do certame licitatório.

¹¹ Objetiva promover o caráter competitivo das licitações, o que já encontra em seu cerne.

¹² Consiste no dever do Estado promover o desenvolvimento nacional sustentável através da licitação, ou seja, a sua escolha não poderá basear-se apenas no valor das propostas, mas sim, procurar a proposta mais acessível, dentre aquelas que auxilie na promoção do desenvolvimento sustentável.

A base principiológica do sistema licitatório encontra-se estabelecida no art. 37 da Constituição Federal – onde estão previstos os princípios gerais que regem toda a atuação da Administração Pública¹³–, bem como no art. 3º da Lei 8.666/93 – que prevê, em razão da especificidade do tema, princípios próprios para orientar a atuação pública no âmbito das licitações. Todos esses princípios devem ser observados, sob pena de invalidade do procedimento licitatório.

Dentre os princípios gerais previstos constitucionalmente, estão os da legalidade¹⁴, da impessoalidade¹⁵, da moralidade¹⁶, da publicidade¹⁷, e o da eficiência¹⁸. Por outro lado, com relação aos específicos do sistema licitatório, têm-se os da igualdade¹⁹, da probidade administrativa²⁰, da vinculação ao instrumento convocatório²¹ e o do julgamento objetivo²².

Também é necessária a abordagem das modalidades de licitações presentes na Lei Geral de Licitações, bem como as que foram inseridas através de leis posteriores.

¹³ A atuação da Administração Pública deve observância a seus princípios gerais, sob pena de violar os pilares basilares da administração, que é a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, os quais são conhecidos por Celso Antônio Bandeira de Mello como “pedras de toque” do direito administrativo. Cf. Bandeira De Mello, 2012, p. 665.

¹⁴ Estabelece que a administração pública somente poderá atuar se houver determinação legal que justifique. Cf. Gasparini, 2011. p. 61; Medauar, 2006, p. 179; Di Pietro, 2014, p. 364; Araújo, 2014, p. 575.

¹⁵ Determina que não poderá haver fatores subjetivos que acarretem o tratamento pessoal aos licitantes, ou seja, o tratamento disponibilizado deverá ser de forma igualitária para todos os concorrentes. Cf. Bandeira de Mello, 2012, p. 325; Medauar, 2006, p. 180; Di Pietro, 2014, p. 365; Araújo, 2014, p. 575.

¹⁶ Preceitua que há uma exigência por parte do agente público que vai além do simples agir dentro da legislação, requer-se um comportamento dentro da perspectiva moral e ética estabelecida entre cidadãos. Cf. Meirelles, 1995, p. 245; Araújo, 2014, p. 576; Justen Filho, 2014, p. 70; Di Pietro, 2014, p. 380.

¹⁷ Estabelece que os atos praticados pela administração (dentro do procedimento licitatório, mais especificamente) deverão ter ampla publicidade, exceto em casos permitidos pelo Art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Cf. Di Pietro, 2014, p. 366; Justen Filho, 2014, p. 73; Araújo, 2014, p. 576; Meirelles, 2010, p. 29 e 30.

¹⁸ Princípio que será trabalhado no terceiro capítulo.

¹⁹ Estabelece que a administração deverá garantir que qualquer interessado participe do certame licitatório, com as mesmas condições e garantias disponibilizadas aos outros licitantes. Cf. Bandeira De Mello, 2012, p. 347; Di Pietro, 2014, p. 361; Palavéri, 2003, p. 11; Meirelles, 2010, p. 30.

²⁰ Repete o princípio da moralidade, exigindo que o administrador, além de respeitar a legalidade, comporte-se de acordo com a moral e honestidade. Cf. Di Pietro, 2014, p. 365.

²¹ Preceitua que as partes e administração ficarão vinculados ao edital publicado na licitação, sob pena de desenvolver uma nulidade dentro do procedimento. Cf. Di Pietro, 2014, p. 366; Araújo, 2014, p. 579; Palavéri, 2003, p. 18; Meirelles, 2010, p. 37.

²² Determina que a decisão proferida no certame licitatório deverá ser objetiva e justificada, conforme regras dispostas no instrumento convocatório, sendo que a não obediência poderá acarretar nulidade na licitação. Cf. Palavéri, 2003, p. 19; Meirelles, 2010, p. 36; Di Pietro, 2014, p. 367; Araújo, 2014, p. 580; Gasparini, 2011, p. 532 e 533.

São cinco as modalidades de licitações previstas no art. 22 da Lei 8.666/93: Concorrência – estabelecida no § 1º do art. 22, utilizada genericamente para obras de maior monta e de maior importância, ora pelo elevado valor das contratações, ora pela especificidade de suas características (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 102; ARAÚJO, 2014, p. 618; MEDAUAR, 2006, p. 183); Tomada de preços - prevista no § 2º do referido dispositivo, a qual estabelece que a licitação dar-se-á entre os interessados já cadastrados (art. 34 da Lei 8.666/93) ou os que atenderem às condições exigidas até três dias antes das propostas (ARAÚJO, 2014, p. 627; PALAVÉRI, 2003, p. 68); Convite - que tem como principal característica a simplicidade, prevista no § 3º do art. 22, onde não há exigência de elaboração de edital porque o procedimento de seleção se dará por meio de cartas-convites enviadas a, no mínimo, três empresas do respectivo ramo da contratação, as quais deverão elaborar suas propostas e encaminhar ao poder público (ARAÚJO, 2014, p. 627; DI PIETRO, 2010, p. 392; PALAVÉRI, 2003, p. 73; MEIRELLES, 2010, p. 91; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 571); Concurso – prevista no § 4º do artigo acima citado, pela qual o procedimento de seleção visará à escolha do melhor trabalho técnico, científico ou artístico, com remuneração em prêmios de natureza econômica ou de honraria intelectual, conforme estiver estabelecido no edital (MEIRELLES, 2010, p. 93; ARAÚJO, 2014, p. 630; DI PIETRO, 2014, p. 393 e 394); e Leilão – utilizada quando a administração necessitar alienar seus bens móveis inservíveis, imóveis, ou produtos penhorados e apreendidos (Art. 22, § 6º) (DI PIETRO, 2010, p. 394; ARAÚJO, 2014, p. 631; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 525).

Além dessas, há também duas novas modalidades de licitação: o Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previstas nas Leis 10.520/02 e 12.462/11, respectivamente.

O Pregão foi criado com a finalidade de reduzir as formalidades e aumentar a celeridade dos procedimentos licitatórios, mas somente poderá ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns²³. A inovação trazida por essa modalidade é a disputa dos licitantes ser realizada de maneira oral, através de propostas (lances)

²³ São considerados bens e serviços comuns aqueles bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado (§1 do Art. 1º da Lei nº 10.520/02). Observa-se, ainda, que essa modalidade poderá substituir qualquer outra (concorrência/tomada de preço/ convite), independentemente do valor, contanto que o objeto da licitação seja aquisição de bens e serviços comuns. Cf. BRASIL. *Lei nº 10.520*, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em: 28 jun. 2015.

em sessão pública (presencial ou eletrônica). (DI PIETRO, 2010, p. 394; MEIRELLES, 2010, p. 96 e 97; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 527)

Posteriormente, após o Brasil ser escolhido para sediar grandes eventos esportivos²⁴, criou-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que tem como principal finalidade a agilização das contratações públicas, notadamente porque a excessiva burocracia e morosidade (ARAÚJO, 2014, p. 640; JURKSAITIS; ROSILHO, 2014) da Lei Geral de Licitações poderiam prejudicar a efetividade esperada para a realização das obras necessárias a esses eventos. Assim, em 05 de agosto de 2011, com a conversão da Medida Provisória nº 527 na Lei nº 12.462, criou-se tal modalidade licitatória (DI PIETRO, 2014, p. 421), originariamente aplicável a um número limitado de casos, razão pela qual não se revogou nenhum dispositivo da Lei Geral (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 42; ARAÚJO, 2014, p. 640).

A duração do RDC no ordenamento jurídico, durante o ano de 2012, foi um tema que gerou discussões entre os doutrinadores; no entanto, na época, a maioria entendia-o como temporário, ou seja, seria extinto assim que os eventos esportivos terminassem (DI PIETRO, 2014, p. 421; ANDRADE; VELOSO, 2012). Porém, após diversas alterações na redação da lei de regência²⁵, houve um alargamento de sua incidência, o que modificou o pensamento da doutrina.

Inicialmente, o texto apenas trazia como hipóteses de utilização as obras que deveriam ser realizadas para que os eventos esportivos²⁶ fossem viabilizados. Hoje, todavia, o RDC também pode ser aplicado, conforme disposto no art. 1º da Lei 112.462/11, nas ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), na realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, bem como nas obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. (DI PIETRO, 2014, p. 421; ARAÚJO, 2014, p. 640 e 641)

²⁴ O Brasil foi escolhido para sediar a Copa do Mundo de 2014 e, em consequência, a Copa das Confederações de 2013, e as Olimpíadas de 2016.

²⁵ Lei 12.688/12; Lei 12.722/12 e Lei 12.745/12.

²⁶ Obras referentes à Copa das Confederações em 2013, à Copa do Mundo de 2014, às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, bem como as obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede das competições citadas. Cf. Araújo, 2014, p. 641; Di Pietro, 2014, p. 421; Justen Filho, 2014, p. 18.

Em virtude dessa ampliação, doutrinadores observam que, cada vez mais, o regime, que foi instituído como exceção, com características de urgência e temporariedade (ARAÚJO, 2014, p. 641), tem se tornado regra, dado que os gestores têm dado preferência à sua utilização. (CELESTINO, 2012) Todavia, mister referir que há duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade²⁷ (ADI), ainda não julgadas (nem mesmo em cognição sumária), discutindo a permanência do RDC na ordem jurídica, sob alegações de inconstitucionalidades formais e materiais.

O RDC foi instituído com a principal finalidade de proporcionar eficiência para os procedimentos licitatórios, trazendo diversos mecanismos inovadores para efetivar essa proposta, dentre os quais, notadamente: caráter sigiloso do orçamento; possibilidade de escolha da marca ou modelo; preferência para utilização da contratação integrada; remuneração variável; possibilidade de contrato de eficiência; inversão de fases.²⁸

Dentre eles, destaca-se o mecanismo da remuneração variável, previsto no art. 10 da Lei 12.462/11, tema que será abordado detidamente no terceiro capítulo deste artigo. Em linhas gerais, esse mecanismo estabelece a possibilidade da remuneração do contratado possuir vinculação direta com o desempenho do vencedor da licitação na realização das obras, o que pode trazer, segundo boa parte da doutrina, mais eficiência e agilidade para a efetivação do objeto da licitação.

3 A REFORMA GERENCIAL DO ESTADO DE 1995

As reformas que ocorrem na administração pública interferem diretamente no regime jurídico de direito público.²⁹ Isso porque se o regime jurídico de direito administrativo se constitui precipuamente nas normas que disciplinam a organização e o funcionamento da máquina administrativa, toda a reforma ou alteração nesta estrutura e funcionalidade resultará em mudanças na ordem jurídica que a embasa.

²⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4645 (promovida pelos partidos políticos – PSDB, DEM e PPS), e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655 (proposta pelo Procurador Geral da República).

²⁸ Ibid.

²⁹ “O regime de direito público consiste num conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais.” Cf. Justen Filho, 2014, p. 145.

Não há como se desgarrar do princípio da legalidade que alicerça os Estados Democráticos Constitucionais, definindo-lhes os contornos e respectivos limites, na concepção de que a administração pública somente pode fazer o que estiver previsto na ordem jurídica. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 19; ARAÚJO, 2014, p. 75; DI PIETRO, 2015, p. 97; MEDAUAR, 2013, p. 140-141; NOHARA, 2012, p. 65; JUSTEN FILHO, 2014, p. 230-231)

Porém, resta registrar que os movimentos transformadores da gestão pública brasileira usualmente advém de contextos internacionais (HACHEM, 2013). É o que se observa nas duas grandes reformas administrativas operadas no séc. XX: a burocrática e a gerencial. Por partes, ora.

Não parece existir divergências quanto à constatação de que a espacialidade pública brasileira, do início da colonização lusitana até os fins da década de 30 do século passado, foi marcada por um modelo patrimonialista, pautado pela aliança entre o poder estatal e as elites locais/regionais. Não se distinguia com limites minimamente aceitáveis a distinção das esferas públicas e privadas, a permitir a usurpação do que era público por interesses meramente individuais. Pode-se utilizar o final da década de 30 do séc XX, mais especificamente o ano de 1938, com a criação do DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público, como o marco do surgimento e expansão do modelo burocrático, em tentativa de substituição ao patrimonialista. (NOHARA, 2012, p. 22)

A burocracia,³⁰ no Brasil, surge com um grande atraso se comparado com os países europeus. Enquanto nestes trata-se de um fenômeno que se desenvolve no decorrer do séc. XIX (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 112-116), na terra brasileira é preciso ultrapassar o primeiro quartel do séc. XX. De qualquer forma, não há como não observar a influência dos modelos burocráticos da época, calcados na “hierarquia do serviço, que deve ser realizado de forma impessoal, segundo regras racionais, afastando-se de sua seara o arbítrio ou capricho. Admite-se no máximo a conveniência objetiva e existe um direito de representação regulamentado.” (NOHARA, 2012, p. 28)

A questão é que a burocracia, forjada em profissionais bem selecionados e treinados, sem autonomia, numa administração centralizada e hierárquica, por si,

³⁰ Para Norberto Bobbio, alicerçado em Max Weber, a burocracia é o “tipo mais puro de poder legal”, com base num aparato burocrático, logo, o “modo formalmente mais racional de exercício do poder.” Cf. Bobbio, 2000, p. 148.

não basta. (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 392) Trata-se de um modelo essencial, imprescindível, mas que não basta, por si. Por mais que parte de seus pressupostos não possam ser abandonados num Estado Democrático, é um modelo que pode e deve ser (re)pensado, sob pena de se constituir num poder invisível, manejado por um corpo burocrático intocável, que pode ser “chamado com muita propriedade o domínio de ninguém.” (ARENDRT, 1994, p. 24), sem uma preocupação maior com os resultados. No Brasil o quadro foi ainda mais grave, uma vez que o próprio modelo burocrático não conseguiu se desvencilhar de estamentos burocráticos e as respectivas práticas patrimonialistas³¹. (GABARDO, 2002, p. 34; NOHARA, 2012, p. 34.)

O esgotamento do modelo burocrático primeiramente repercutiu nos países centrais nas duas últimas décadas do séc. XX, especialmente na Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia, com o objetivo de tornar os burocráticos Estados Sociais mais eficientes. (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 112-116; BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 393) É neste contexto histórico que surge um movimento que passou a ser denominado New Public Management – nova gestão pública, impulsionado por estes países, com as seguintes características: a) absorção e utilização de princípios e instrumentos da gestão privada na gestão pública; b) descentralização, especialmente via processo de criação de agências; c) privatização de setores alvo da intervenção estatal na atividade econômica; d) competição no setor público para alcançar a eficiência; e) instituição de instrumentos de aferição da eficiência e eficácia governamental; g) empoderamento dos cidadãos que participam do controle da atuação estatal, focado em resultados³².

Deve-se refletir contextualmente acerca deste período histórico. Do início da burocracia nos Estados contemporâneos – segunda metade do séc. XIX – até a crise deste modelo ocorre um agigantamento do próprio Estado. Basta notar que no séc. XIX a carga tributária era de aproximadamente de 5% do Produto Interno Bruto – PIB, enquanto que nas últimas décadas alcançou os 40% do PIB nas democracias

³¹ Para Émerson Gabardo (2002, p. 34.): “foi característica notória das raízes da burocracia brasileira o seu irracionalismo, na medida em que se pautou pelo tradicionalismo patrimonialista.”

³² A responsabilidade nos sistemas burocráticos ocorre por normas exaustivas, supervisão hierárquica e auditorias, o que muda no modelo gerencial, a preponderar os resultados/objetivos, a competição administrativa e a responsabilidade social. Cf. Bresser-Pereira, 2008, p. 401.

atuais. Nesta perspectiva é possível compreender os processos de reformas ocorridas nas últimas décadas como uma necessidade para a própria legitimação do Estado Social e suas novas atribuições. (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 112-116)

É neste contexto que a reforma do Estado ocorreu no Brasil, em meados da década de 90, capitaneada pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, alicerçado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. É o chamado modelo de gerência pública.³³ Por mais que importantes referências tenham inspirado esta construção teórica – especialmente a Inglaterra, houve a devida adaptação à realidade brasileira. Isso porque se trata de um modelo histórico e normativo, a abarcar processos e estruturas dentro de um conceito de governança. Ao mesmo tempo em que se diminui o tamanho e a atuação da espacialidade estatal, amplia-se a publicização das políticas públicas via pactuação com o terceiro setor; mudam-se os controles antes eminentemente burocráticos para focar nos resultados e na comparação de resultados; busca-se flexibilizar a relação com os servidores públicos a fim de premiar os que possuem melhores rendimentos. (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 391- 397)

A busca da eficiência está presente, insistentemente, na reforma do aparelho do Estado executada no Brasil.³⁴ Talvez seja mais adequado dizer que esta reforma foi em parte executada, pois muito dos seus instrumentos sequer foram efetivados, com é o caso da Lei Complementar a disciplinar a avaliação periódica de desempenho a fim de ensejar a perda do cargo de servidor público, previsto no art. 41, §1º, III da Constituição Federal. A inclusão do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição simboliza esta busca de uma mudança paradigmática na gestão pública brasileira, o que foi operado pela Emenda Constituição nº 19/1998.

³³ Por mais que o Decreto-Lei 200/67 tenha operado no caminho de uma maior descentralização da administração pública brasileira, não se defende a sua inclusão como uma efetiva reforma administrativa, uma vez que ainda esteve demasiadamente ligada ao modelo burocrático.

³⁴ “É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de ‘gerencial’, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade Democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.” Cf. PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO, 1995, p. 6.

Além da Emenda Constitucional 19/1998, outras alterações na legislação, especialmente infraconstitucional, caminharam no sentido de alcançar os objetivos do modelo gerencial, como é o caso da Lei 9.790/99, que disciplinou as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; a Lei 9.637/98, que regou as Organizações Sociais; e a Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal. Na trilha deste processo é possível elencar outros instrumentos normativo-legais que exsurgiram em governos posteriores, como é o caso da Lei 11.079/2004, que regulou as Parcerias Público-Privadas e a Lei 11.107/2005, que normatizou os consórcios públicos e os contratos de programa.³⁵ De uma forma ou de outra todos estes dispositivos buscaram trazer maior eficiência à atuação estatal, o que não é diferente com o Regime Diferenciado de Contratações, Lei 12.462/2011, que surge como a alternativa capaz de dotar as contratações de grandes obras para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016 (inicialmente) com a eficiência e eficácia necessárias para cumprir com o calendário assumido pelo governo brasileiro. Distante mais de 16 anos do modelo teórico que tentou implementar o modelo gerencial na administração pública brasileira, talvez seja possível questionar se os instrumentos previstos para concretizar a tão propalada eficiência nas contratações públicas encontram alguma pertinência com este movimento da década de 90 do século passado.

4 O INSTRUMENTO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E A REFORMA GERENCIAL

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, visando inicialmente melhorar a agilidade das contratações para as obras de infraestrutura de grandes eventos esportivos, incluiu em seu escopo o mecanismo da remuneração variável.

A disposição normativa contida no art. 10 da Lei 12.462/11, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 2011, estabeleceu a possibilidade de o contratante público estipular regras de variabilidade da remuneração do contratado, atrelando-a ao

³⁵ Observa-se que o art. 241 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

desempenho, agilidade na produção e entrega do objeto contratado. (CINTRA DO AMARAL, 2014, p. 75)

O referido dispositivo permite que seja estabelecido, de forma justificada e vinculada (AURÉLIO, 2014. p. 100), o recebimento de um “plus” na remuneração da contratada, conforme for seu desempenho e agilidade, o que deve ser verificado com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos para entrega. (REZENDE, 2014; CELESTINO, 2012; CINTRA DO AMARAL, 2014, p. 78) Cumpre observar que essas metas e padrões deverão estar previstos no instrumento convocatório, o qual também estabelecerá a variação da remuneração, respeitando sempre o limite orçamentário fixado. (MAFINI, 2013, p. 50)

Embora a remuneração variável seja vista, de um lado, como uma proposta interessante para as finalidades públicas, não agradou, de outro, a alguns doutrinadores. Sob a ótica de Renato Monteiro de Rezende:

A Lei não descreve suficientemente bem como seria essa sistemática de remuneração variável, remetendo sua disciplina ao edital e ao contrato. Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta. [...] pode-se questionar a criação de um regime como esse, sob a perspectiva de que ele tornaria a inexecução do objeto um evento normal e sujeito a uma disciplina específica no tocante à remuneração do contratado, quando na verdade a inexecução do contrato, ainda que parcial, deve ser vista como uma falta, punível na forma da lei. Ademais, a previsão do limite orçamentário fixado pela Administração como teto para os pagamentos permite interpretações de que a remuneração poderia exceder o valor da proposta vencedora (considerando-se que o valor da proposta vencedora deve ser inferior ao valor orçado), deixando aberta a possibilidade de fraudes. (REZENDE, 2011)

Em que pese haja controvérsia sobre a inclusão do novo mecanismo ser benéfica ou não, é oportuno asseverar que, com base no art. 55, III, da Lei 8.666/93, essa possibilidade é vedada expressamente na Lei Geral de Licitações, posto que ela determina que o contrato estabeleça “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”. Marçal Justen Filho, nessa lógica, afirma que “em grande parte dos

casos, o preço está predeterminado em termos exaustivos no instrumento contratual”. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 683)

Contudo, na prática, em casos não muitos raros, não há no instrumento convocatório e na minuta do contrato, dentro das modalidades da Lei Geral, a prefixação do valor total a ser pago, havendo apenas critérios para a sua definição conforme o caso concreto. Todavia, em que pese isso signifique uma possibilidade prática de variação no valor do contrato, a eventual variação da remuneração na LGL não tem qualquer relação com a qualidade da atividade prestada, distinguindo-se, assim, da proposta realizada dentro do RDC. (CINTRA DO AMARAL, 2014, p. 80)

Outrossim, o mecanismo da remuneração variável não é tão inovador quanto, à primeira vista, possa parecer, já que há previsão legislativa, em alguns microsistemas, da possibilidade de variar a remuneração do contratado. Não obstante a alegação de alguns autores de que a origem da remuneração variável adveio da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 193), esse mecanismo foi previsto em lei apenas no §1º do art. 6º da Lei 11.079/2005³⁶, a qual estabeleceu o contrato administrativo na modalidade de Parceria Público Privada. (AURÉLIO, 2014, p.104; RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 194)

Assim, após essa autorização legislativa, esse instrumento começou a figurar reiteradamente nos contratos dessa natureza³⁷, o que fez com que doutrinadores passassem a refletir sobre a variabilidade da remuneração no contrato em virtude do desempenho e agilidade do contratante. (AURÉLIO, 2014, p. 105)

O objetivo da criação desse mecanismo está internamente vinculado à busca por maior eficiência na contratação, a qual resulta da competição ampla e isonômica entre particulares, que serão remunerados, dentro dos limites estabelecidos no edital, conforme a consolidação do maior benefício, isto é, a

³⁶ Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: [...] § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Cf. BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm> Acesso em: 28 jun. 2015.

³⁷ Pode-se utilizar como exemplo: Contrato de Concessão Administrativa para exploração, operação e manutenção, precedidas de obra de reforma, renovação e adequação do Complexo do Mineirão, Cláusula 26ª. Cf. Aurélio, 2014, p. 104.

remuneração variará conforme o desempenho do contratado. Assim, a ideia central é instituir uma relação jurídica entre o Estado contratante e o particular contratado, que, após justa competição entre os interessados, materialize o melhor benefício econômico ao ente público. (AURÉLIO, 2014, p. 106)

Deste modo, a simpatia pela utilização desse instrumento, o qual busca, primordialmente, eficiência e eficácia na realização da finalidade pública, mostra que, cada vez mais, a legislação brasileira tem caminhado no sentido de alcançar os objetivos calcados pelo modelo gerencial, sobretudo na concretização do princípio da eficiência, o qual, embora não expresso na Lei Geral de Licitações, tem grande relevância dentro do procedimento licitatório, em especial pela força normativa decorrente da previsão constitucional, não se admitindo a tese de que este princípio seja meramente decorativo. (GABARDO, 2002, p. 86)

O caráter normativo do princípio da eficiência decorre da sua inserção no *caput* do art. 37 da Constituição Federal³⁸, através da Emenda 19/98, embora já fosse reconhecido há muitos anos dentro do direito brasileiro pela sua notória importância no tratamento das questões administrativas. (MAFINI, 2013, p. 52; GABARDO, 2002, p. 86; MEDAUAR, 2003, p. 132; CARVALHO FILHO, 2014, p. 30)

O princípio da eficiência norteia toda a administração pública e está diretamente ligado à ideia de ação, determinando que a administração atue de modo rápido e efetivo, a fim de proporcionar a realização das necessidades da população. (MEDAUAR, 2013, p. 132) Por força dele, a administração pública deverá adotar os métodos menos restritivos (relação ponderada entre custo e efetividade) a fim de que consiga o melhor resultado com o menor custo. (DI PIETRO; OLIVEIRA RAMOS; BATISTA DOS SANTOS, 2001, p. 49) Assim, é possível afirmar que o cerne do princípio é a busca pela redução dos desperdícios de dinheiro público, o que somente se alcançará através da prestação de serviços com celeridade, perfeição, presteza e rendimento funcional. (MARINELA, 2007, p. 41) Ademais, impende registrar que o mecanismo da remuneração variável não deixa de ser uma

³⁸ Para alguns estudiosos, como Ivan Barbosa Rigolin, nenhum órgão se tornará eficiente pelo fato da constituição ter incluído no sistema normativo o princípio da eficiência. A autora afirma que “a inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional foi a atitude mas ineficiente da vida dos autores da ideia, nos últimos trinta anos” Cf. Rigolin, 2003, p. 26.

adaptação de instrumentos existentes, há muito, nas contratações privadas, coadunando-se, também, com um dos propósitos da reforma gerencial, que é absorção, no regime jurídico de direito público dos mecanismos utilizados na gestão privada, desde que compatível.

Deste modo, como já é de conhecimento notório, a busca pela eficiência da administração pública não é algo recente. A acentuada preocupação surge desde a substituição da administração pública burocrática pela administração gerencial, a qual não foi efetivada em sua plenitude, porém, implantou uma ideia, que pelo visto, vem sendo seguida. Dentre as inovações legislativas ocorridas no séc. XXI o regime diferenciado de contratações e a remuneração variável constituem-se em meios para a concretização deste desiderato, a aproximar a gestão pública dos instrumentos utilizados na gestão privada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante aprofundamentos teóricos realizados nesse trabalho é possível estabelecer as seguintes conclusões:

I – O Estado Democrático de Direito requer limites à atuação do poder estatal, como também procedimentos que não somente resultem na concretização do interesse público, mas que evitem a locupletação indevida ou desvios de todo o gênero. Ademais, a Administração Pública não é autossuficiente, a requerer a contratação de obras, serviços ou a aquisição bens. É neste escopo que exsurge o regime licitatório, a fim de nortear o administrador para a escolha das contratações que melhor persigam os interesses da própria administração. *Prima facie*, toda a contratação deve ser precedida de uma licitação, salvo as excludentes previstas na lei de regência – dispensa ou inexigibilidade.

II – Importantes princípios conjugam-se a fim de nortear o certame licitatório: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. De acordo com a contratação a ser feita deverá o administrador utilizar alguma das modalidades definidas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão.

III – Recentemente, mediante a Lei 12.462/2011, foi instituída uma nova modalidade, o regime diferenciado de contratações públicas, originariamente prevista para as obras dos dois grandes eventos assumidos pelo Brasil: Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016. O seu propósito inicial foi ampliado, mediante alterações legislativas, a abarcar, também, várias outras finalidades, como as obras na área de saúde, educação e do programa de aceleração do crescimento. De exceção para quase uma regra geral.

IV – O grande objetivo do regime diferenciado de contratações é uma maior eficiência e eficácia da administração pública, razão pela qual agregou procedimentos não previstos na lei geral de licitações: o caráter sigiloso do orçamento, a possibilidade de escolha da marca ou modelo, a preferência para utilização da contratação integrada, a remuneração variável e a possibilidade de contrato de eficiência. O foco deste estudo é a remuneração variável, para o qual é necessário resgatar a última reforma administrativa operada em *terrae brasilis*.

V – É possível elencar duas grandes reformas administrativas ocorridas na administração brasileira. Na década de 30 do século passado, com a criação do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público, buscou-se superar a administração patrimonialista para alcançar uma administração burocrática. Esta tarefa não foi plenamente alcançada, o que deturpou ainda mais a burocracia que se implementava. Com o Decreto-Lei 200/67 operou-se uma pequena reforma, com foco na descentralização. A segunda grande reforma ocorre no final do século passado, mais precisamente em meados da década de 90, impulsionada pelas reformas ocorridas, anos antes, em outros países, cujo movimento foi denominado *New Public Management* – nova gestão pública. No Brasil foi designada de reforma gerencial, capitaneada pelo Ministro de Estado Bresser Pereira.

VI – Este contexto favorável a um processo de reformas decorreu da própria saturação dos modelos burocráticos, que não bastavam mais por si, especialmente pelo atrelamento exacerbado a procedimentos e não a resultados. Além disso, os poucos resultados administrativos podiam comprometer os próprios avanços dos Estados Sociais. É por esta razão que se estimulou a utilização, na administração pública, de práticas da gestão privada; impulsionou-se a descentralização, especialmente com a criação de agências; privatizaram-se entes e atividades não essenciais à administração pública; incitou-se à concorrência administrativa para a

concretização de melhores resultados; criaram-se meios para a aferição da eficiência e eficácia; e, por fim, impulsionou-se o cidadão para participar mais ativamente, mormente na condição de controlador, das atividades administrativas.

VII – Entretanto, o Brasil soube adequar para a sua realidade as experiências internacionais. Houve a diminuição da espacialidade estatal, mas, em contrapartida, fortaleceu-se o espaço público não-estatal, além da flexibilização nas relações com os servidores públicos e da mensuração dos níveis de eficiência da máquina administrativa. A centralidade deste processo iniciado em meados da década de 90 e que, aos poucos e em partes, transcorre até os dias de hoje, tem como marca a busca de maior eficiência da administração pública. É com este foco que se empreende este estudo para demonstrar, ou não, a compatibilidade do instrumento de remuneração variável do regime diferenciado de contratações com este conjunto de propósitos esquadrihados pela última reforma administrativa no Brasil, chamada de reforma gerencial.

VIII – O instrumento da remuneração variável surge com o objetivo de permitir variações nos valores pactuados no contrato administrativo em razão do desempenho, agilidade e entrega do objeto. Tais requisitos devem estar objetivamente previstos em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos, permitindo-se a sua efetivação de forma vinculada e não discricionária. Estas previsões também devem estar previstas no instrumento convocatório do certame, bem como os limites máximos da variação.

IX - Não se trata de mecanismo antes inexistente na administração pública. A legislação que rege as Parcerias Público-Privadas já fizera a previsão desta possibilidade. Assim, é inequívoca a persecução do princípio da eficiência via remuneração variável, uma vez que pode ser mais um meio para se alcançar melhores resultados com menos custo, como também a perfeição, presteza e melhor rendimento funcional. Além disso, trata-se de adaptação, para a gestão pública, de instrumentos utilizados pela gestão privada.

X – É diante destes fatores que é possível afirmar a total compatibilidade do regime diferenciado de contratações públicas e da remuneração variável com a reforma gerencial ocorrida em meados da década de 90. Busca-se maior eficiência na administração pública com a utilização de instrumentos da gestão privada. Tal qual qualquer mecanismo legal que possibilite o aprimoramento de virtudes

democráticas e de gestão, este mecanismo pode ser desvirtuado e remeter a desvios de todo o gênero. Para tanto, é crucial que de forma objetivamente ocorra a previsão, desde o instrumento convocatório, dos critérios para a remuneração variável, bem como a atuação intensa e criteriosa dos meios institucionais de controle da administração pública. Sem deixar de remanescer certo pessimismo, sobre o qual não é oportuno discorrer, é o que pode ser feito para tentar fazer com que a remuneração variável possa ser adequadamente utilizada pela gestão pública brasileira.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BEVIR, Mark. **Key Concepts in Governance**. London: Sage, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei n. 12.462**, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. **Medida Provisória n. 527**, de 18 de março de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em: 27 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645**. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655**. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 09-09-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. In: **Revista de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas**. São Paulo, v. 50, jan-mar, 2010, p. 112-116. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2010/Democracia_estado_social_reforma_gerencial.pdf>. Acesso em 05. jan.2015.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. O Modelo Estrutural de Gerência Pública. In: **Revista de Administração Pública**. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. v. 42, mar./abr., 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência. **Revista controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará**. Volume X. nº 2- Jul/Dez 2012. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/321-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2061-artigo-9-regime-diferenciado-de-contratacoes-breves-comentarios-a-excecao-que-virou-tendencia?Itemid=592>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves Notas Sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMAROSANO, Márcio; CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & cia, 1914.

DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11)**: aspectos Fundamentais. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria de. BATISTA DOS SANTOS, Marcia Walquiria. D'AVILA, Vera Lucia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

GABARDO, Émerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A concepção de gestão pública norte-americana e sua (in)compatibilidade com a realidade socioeconômica dos estados latino americanos em desenvolvimento. In: **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz do Sul, nº 41, nov-dez, 2013.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ROSILHO, André Janjácomo. **Existe Licitação para além da Lei 8.666/93?**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990_Guilherme_e_Andre_Existe_licitacao_para_alem_da_8666_-_v..pdf> Acesso em: 15 jul. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KJAER, Anne Mette. **Governance**. Cambridge, Polity Press, 2011.

MAFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Salvador: Juspodium, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. – **Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

PALAVÉRI, Marcelo. **Municípios e Licitações Públicas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, 2011**. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Agosto 2011. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material>

/925_Relatorio_-_Assessoria_Legislativa_do_Senado_-_Renato_Rezende.pdf>.

Acesso em: 15 jul. 2014.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídico.** São Paulo: Malheiros, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público nas reformas constitucionais.** Belo Horizonte: Fórum, 2003.

O JUIZADO ESPECIAL COMO JURISDIÇÃO TECNOLÓGICA E AFETIVA¹

SPECIAL JUDICIAL BRANCHES AS TECHNOLOGICAL AND AFFECTIVE JURISDICTION

José Laurindo de Souza Netto²

Resumo

A Lei 9.099/95, à época de sua promulgação, apresentou-se como solução concreta para superar os aspectos gerais de disfunção que estão na base da profunda crise de credibilidade da Justiça, configurando-se em um divisor de águas na vida jurídica nacional. A valorização da solução jurídica pelo afeto, permite que os litigantes sejam unidos pelo amor, e não separados pelo julgamento, libertando-se da dependência paternalista do judiciário, e, ao mesmo tempo, sentindo-se plenos e satisfeitos com a decisão. Somente uma teoria dos afetos é capaz de aplacar a litigiosidade contida que assola os Juizados Especiais, pois permite a verdadeira terapia social com solução emancipatória para o indivíduo, aliada a um processo eletrônico que possa oferecer a instantaneidade necessária para adaptar os princípios originários de celeridade e efetividade.

Palavras-chave: Juizados especiais. Jurisdição afetiva. Princípios de celeridade e efetividade.

Abstract

Law number 9.099/95, in the time of its promulgation, presented itself as a concrete solution to surpass the general aspects of dysfunction that lie in the base of the credibility of justice, becoming a turning point in the judicial life of the nation. The value of the solution by affection allows that plaintiffs be united by love, and not separated by judgment, freeing themselves of the paternalistic dependence in the judiciary and, at the same time, feeling whole and satisfied with the decision. Only a theory of affection is capable of reducing the contained litigiousness that haunts the special judicial branches, as it permits a true social therapy as emancipatory solution to the individual, allied to an electronic process that offers the necessary instantaneity to adapt the original principles of celerity and effectiveness.

Keywords: Special judicial branches. Affective jurisdiction. Principles of effectiveness and celerity.

A Lei 9.099/95, à época de sua promulgação, apresentou-se como solução concreta para superar os aspectos gerais de disfunção que estão na base da

¹ Artigo submetido em 28/10/2015, pareceres de aprovação em 25/01/2016, 02/02/2016 e 18/02/2016, aprovação comunicada em 18/02/2016.

² Pós-doutor com estágio de pós-doutorado na Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza". Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná da 5ª Câmara Criminal. Ex-membro da Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95. E-mail: <cbo@tjpr.jus.br>.

profunda crise de credibilidade da Justiça, configurando-se em um divisor de águas na vida jurídica nacional.

Esse novo modelo trouxe renovadas esperanças a todos os segmentos da sociedade e foi recebido com bastante entusiasmo por grande parte dos operadores do Direito, vez que se apresentava não só como mais ágil, mais adequado aos fins do processo, como também mais receptivo à vanguarda do pensamento jurídico.

O protótipo dos Juizados Especiais tornou-se o protagonista de uma geração de pensadores do Direito, depositário de uma expectativa de uma nova Justiça, uma fase mais avançada da cidadania do povo brasileiro, representando um verdadeiro prognóstico vivo do sistema judiciário.

Inaugurou-se um sistema do tipo consensual, diverso do sistema clássico, até então em vigor, com diferente filosofia, que determinou uma profunda modificação na sistemática reinante. A nova lei visava igualmente à prevalência da instrumentalidade do processo, com a implantação de um procedimento orientado pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, implicando na brevidade da conclusão das causas.

O advento da Lei 9.099/95, deste modo, colocou à disposição da sociedade brasileira subsídios para a solução das controvérsias emergentes na vida social de forma não só consensual e humanizada, mas também célere e instrumentalizada.

Contudo, com o passar desses vinte anos, os referenciais desta virada foram se perdendo. A implementação dos Juizados Especiais enfrentou alguns obstáculos que desgastaram o modelo inicial, quando não o desnaturaram, exigindo-se da doutrina um novo olhar dos princípios iniciais.

Aspecto marcante desta trajetória foi que a facilidade do acesso ao judiciário liberou o que Kazuo Watanabe (1985, p. 2) denominou de “litigiosidade contida”, ou seja, a demanda pela solução de conflitos sociais que não estavam sendo resolvidos de forma satisfatória.

No âmbito cível, o engarrafamento das pautas de audiência e das varas se deu, em grande parte, pelo acúmulo de demandas motivadas pelas relações de consumo, notadamente aquelas relativas aos contratos de serviços de telefonia, energia elétrica e planos de saúde.

As deficiências do marco regulatório destes serviços no Brasil levaram o Juizado ao papel de balcão de cobranças por parte dos usuários e consumidores, repetindo-se a situação de lentidão e insegurança jurídica (MEIRELLES, p. 3).

Por conta disso, no âmbito dos Juizados Especiais repetiu-se o abarrotamento originário da crise de credibilidade e ineficiência do Poder Judiciário, transportando-se para o microsistema dos Juizados os mesmos dilemas da Justiça Comum.

Em relacionar-se com o sistema tradicional, ao invés de influenciar os procedimentos e o processo já existentes, provocando a prometida e necessária mudança de mentalidade dos operadores do sistema, o Juizado foi receptor das influências negativas do modelo tradicional.

Neste contexto de litigiosidade, não se pode esquecer que a Lei Federal 12.153/2009 instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Esta nova instância, apresentada como *locus* privilegiado para solução de conflitos da população com o Poder Público, em verdade apenas absorveu a demanda provocada pela ineficiência de políticas e serviços públicos, quadro que só desprestigiou o ideal do Juizado e contribuiu para o seu desgaste.

Na seara penal, a Lei 9.099/95 introduziu um novo paradigma de Justiça penal baseado no consenso, onde administra-se o conflito, restabelecendo no mundo fático a paz quebrada pelo litígio, passando a vítima a ser sujeito do processo, com *status* de protagonista da cena judiciária.

A proposta do Juizado de colocar o juiz em contato com a dramaticidade da vida cotidiana, dando ênfase à reparação dos danos sofridos pela vítima e à aplicação de alternativas à prisão, também não se efetivou plenamente. A implantação do Juizado não foi acompanhada por uma mudança na postura dos juízes, deslocada da solução do conflito jurídico e focada na sua pacificação.

Neste contexto de jurisdicionalização dos conflitos, o futuro dos Juizados Especiais, depende, portanto, não só de uma maior atenção do Poder Público, mas sobretudo de uma releitura dos valores que inspiraram a geração de 1990.

Por um lado, a complexidade da sociedade, originária da explosão de litigiosidade absorvida pelos Juizados, exige o investimento em tecnologias para a desburocratização e celeridade dos processos, para evitar-se o prejuízo à eficiência.

O processo eletrônico apresenta-se como instrumento capaz de imprimir a velocidade necessária para acompanhar o vigor da nova dinâmica social, pois oferece as qualidades de instantaneidade e virtualização, característicos do nosso tempo.

Todavia, só estruturar não basta. Deveras, pelo Juizado passa a vida psíquica da sociedade, que reclama soluções sensíveis, que atentem mais para as vicissitudes e pequenos dramas subjacentes ao conflito, colocando o juiz na posição de terapeuta da vida social.

Dessa forma, a saída ideal para os dilemas do Juizado Especial passa pela alteração de mentalidade calcada na compreensão do afeto como valor metafísico do sistema jurídico e no seu potencial emancipatório.

Como esclarece Vladimir Safatle, apoiado na compreensão freudiana, embora sejamos levados a crer que uma teoria dos afetos não contribui para o esclarecimento dos impasses sociais – e, portanto, jurídicos –, essa dinâmica dos afetos se mostra essencial para compreender como se dá a adesão a certos comportamentos. (SAFATLE, 2015, p. 1)

Ora, ao realizar suas decisões por amor, o indivíduo as absorve com a consciência e o coração abertos, (FROSI, 2015) justificando para si a norma, livrando-se da necessidade de um terceiro interventor para impor a consequência, o que o torna independente para a solução de seus problemas, além de realizado com o resultado.

Não é à toa que a história nos apresenta modelos de sucesso de solução de conflitos baseado no afeto. O *loveday* (CLANCHY, 1993, p. 153-154) (*jour d'amour* em francês ou *dies amoris* em latim), prática medieval que concedia um dia de reconciliação entre os litigantes, já valorizava o laço de amor como substitutivo da lei, e eliminava a possibilidade de atuação do tribunal.

A valorização da solução jurídica pelo afeto, tanto hoje como outrora, permite, assim, que os litigantes sejam unidos pelo amor, e não separados pelo julgamento³, libertando-se da dependência paternalista do judiciário, e, ao mesmo tempo, sentindo-se plenos e satisfeitos com a decisão.

³ *Vel amore congreget vel sequestret iudicio*. Os litigantes são unidos pelo amor ou separados pelo julgamento. Esta afirmação das *Leges Henrici primi*, escritos jurídicos do século XII, faz referência à dicotomia entre os julgamentos consensuais e litigiosos na Inglaterra medieval. (CLANCHY, 1993, p. 141).

Somente uma teoria dos afetos é capaz de aplacar a litigiosidade contida que assola os Juizados Especiais, pois permite a verdadeira terapia social com solução emancipatória para o indivíduo, aliada a um processo eletrônico que possa oferecer a instantaneidade necessária para adaptar os princípios originários de celeridade e efetividade.

1 REFERÊNCIAS

CLANCHY, Michael. Lei e amor na idade média. In: **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. António Espanha (Org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

FROSI, Vitor Eduardo. **O amor enquanto valor jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. MELLO, Marcelo Pereira de. **Tutela do consumidor: porque os juizados especiais?** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_495.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

SAFATLE, Vladimir. O social pelos indivíduos: por uma teoria social dos afetos. **Folha de São Paulo**. Caderno Ilustríssima. Filosofia. 13/09/2015.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal: modificações da lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2015.

WATANABE, Kazuo (Org.). **Juizados e especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

LA VIE ET L'OEUVRE DE GASTON JÈZE¹

THE LIFE AND WORK OF GASTON JÈZE

Mariana Almeida Kato²

Résumé

En 2 mars 1869 est né à Toulouse Gaston Jèze: un des plus importants juristes du droit public français, notamment du droit administratif et de finances publiques. En droit administratif, les théories qu'il a développées dans le domaine du service public font de lui un des grands noms de l'École du Service Public fondée par Léon Duguit. En finances publiques, il est reconnu comme le « fondateur » français, ou en tous cas le « promoteur » de son enseignement autonome. Gaston Jèze a également développé une méthode d'étude du droit. Pour présenter les éléments de la vie et de l'œuvre de Gaston Jèze, le présent travail est divisé en deux sections. La première partie (section I) est dédiée à la biographie de Gaston Jèze. La deuxième partie (section II) est une analyse de sa méthode d'étude du droit et de ses principales contributions pour le droit administratif et les finances publiques.

Mots-clés: Gaston Jèze. Droit Administratif. Méthode d'étude du Droit.

Abstract:

In March 2nd 1869 Gaston Jèze was born. He was one of the most important jurists of French public law, notably of administrative and financial law. In administrative law the theories he developed on public domain of public services was source of great influence in the École du Service Public, founded by Léon Duguit. In financial law he is recognized as the « promoter » of the autonomy of the discipline. Gaston Jèze also developed a method of study in law. In presenting the elements of the life and work of Gaston Jèze, this paper divides in two sections. The first (Section I) is dedicated to the biography of Gaston Jèze. The second part (Section II) is an analysis of the method of study of law and his main contributions to administrative and financial law.

Keywords: Gaston Jèze. Administrative Law. Methods of Legal Teaching.

Sumário: 1 Introduction. Section I – La vie juridique et politique de Gaston Jèze. I.A – Gaston Jèze, le juriste théoricien du droit. I.B – Gaston Jèze, le personnage politique contesté. II – La contribution de Gaston Jèze au droit. II.A – La méthode développée par Gaston Jèze. II.B – Les principales contributions au droit administratif et au droit des finances. 3. Conclusion. 4. Bibliographie.

¹ Artigo submetido em 25/11/2015, pareceres de aprovação em 10/02/2016 e 18/02/2016, aprovação comunicada em 19/02/2016.

² Advogada. Titular do Master em Direito Público pela Université Paris V Descartes, Paris (2015) e Mestranda em Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Université Paris I Panthéon-Sorbonne. E-mail: <mariana.kato@yahoo.com.br>.

1 INTRODUCTION

En 2 mars 1869 est né à Toulouse Gaston Jèze : un des plus importants juristes du droit public français, notamment du droit administratif et de finances publiques (WALINE, 1953, p. 886). En droit administratif, les théories qu'il a développées dans le domaine du service public font de lui un des grands noms de l'École du Service Public fondée par Léon Duguit. En finances publiques, il est reconnu comme le « fondateur » français (COLLIARD, 1954, p. 11), ou en tous cas le « promoteur » de son enseignement autonome. Gaston Jèze a également développé une méthode d'étude du droit. Celle-ci est un élément marquant de ses ouvrages, en soulignant l'importance de la technique juridique pour l'étude du droit.

Son prestige est telle que sa contribution au droit dépasse même les frontières de la France (avec publication en Allemagne, par exemple)³ et de l'Europe (avec publications aux États-Unis et en Argentine)⁴. En réalité, on peut dire que son importance vient aussi d'une ouverture à l'international. Il n'était pas seulement « exportateur » du droit français, mais « importateur » du droit étranger (BEAUD, 2014, p. 2). Sa bibliographie (pas exhaustive) qui a été publiée par la Revue de Droit Public en son hommage la prouve : six traductions, cinq ouvrages en langue étrangère et seize articles dans le domaine du droit international public (MURACCIOLE, 1953, p. 904-925).

Mais il était plus qu'un professeur, un théoricien ou un « savant » du droit – comme il voulait être considéré (MILLET, 2007, p. 425). Gaston Jèze était aussi un personnage politique important qui refusait certaines conventions (comme l'habitude des professeurs de droit de donner leurs cours en portant la robe) et s'élevait contre des régimes non républicains ou non démocratiques. Et donc, si d'un côté « Gaston Jèze théoricien » faisait l'unanimité, « Gaston Jèze praticien » créait la polémique.

Pour présenter les éléments de la vie et de l'œuvre de Gaston Jèze, le présent travail est divisé en deux sections. La première partie (section I) est dédiée à

³ « Das verwaltungsrecht des französische Republik », Bd. XXII. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Tübingen, Mohr, 1913, in-4, *passim*.

⁴ « The war finances of France. The war expenditure of France ». New Haven, Yale, Unib. Press., 1927, gr., in-8°, *passim* et « Las finanzas publicas de la Republica argentina ». Buenos Aires, Ed. Le courrier de La Plata, 1924, gr., in-8°, *passim*.

la biographie de Gaston Jèze. La deuxième partie (section II) est une analyse de sa méthode d'étude du droit et des ses principaux contributions pour le droit administratif et les finances publiques.

Mais avant tout, il convient de souligner la note que fait Rafael Bielsa au début son article en hommage à Gaston Jèze : « l'examen et l'analyse de l'oeuvre de Jèze méritent un livre et que cette brève note doit se limiter aux traits généraux » (BIELSA, 1953, p. 893).

SECTION I – LA VIE JURIDIQUE ET POLITIQUE DE GASTON JEZE

I.A – GASTON JEZE, LE JURISTE THEORICIEN DU DROIT

Gaston Jèze a fait toutes ses études à Toulouse. En 1892, à l'âge de 23 ans, il reçoit le titre de docteur après avoir présenté ses thèses en droit romain et droit civil (COLLIARD, 1954, p. 8-9).

Malgré sa formation « civiliste », son premier ouvrage important est consacré à l'étude du droit des finances publiques : *Eléments de la science des finances et de la législation financière française*, publié en 1896, avec son collègue Max Boucard (JÈZE ; BOUCARD, 1896, *passim*). Ce n'est pas le premier ouvrage sur les finances publiques qui a été publié, mais il « fait figure de nouveauté sinon de révolution » (COLLIARD, 1954, p. 8). À l'époque, « l'étude des finances publiques apparaît, en France au moins, comme un chapitre ou un tome de l'économie politique » (COLLIARD, 1954, p. 16). L'ouvrage qu'ils ont publié est donc considérée comme le premier « véritable traité de finances publiques » ou même comme « une déclaration d'indépendance » (COLLIARD, 1954, p. 16). Puis, ce traité sera publié seulement par Gaston Jèze sous le titre : *Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française*.

En 1897 et 1899 il a essuyé deux échecs au concours d'agrégation en droit public. Probablement, l'audace d'écrire un traité de finances publiques lui a coûté « la réussite à l'agrégation car le jeune docteur avait bousculé les usages et certains n'ont pas dû apprécier l'homme pressé qu'il paraissait être » (BEAUD, 2013, p. 2). Pourtant, le dernier échec lui a donné l'opportunité d'être chargé de cours à la

Faculté de Droit d'Aix. Et en 1901 il réussit au concours de la Faculté de Droit de Lille et devient professeur. Il dispense le cours de « droit administratif, juridiction et contentieux administratif » (MILLET, 2007, p. 425). En 1905 il devient « professeur titulaire » de droit administratif dans la même université.

Mais ce sont les années 1903-1904 qui peuvent être considérées comme étant les plus importantes de sa carrière. Le premier événement marquant est la création avec Max Boucard de la *Revue de science et de législation financière* en 1903. Dans la présentation du programme de la Revue, ils écrivent : « Et cependant, la libre discussion scientifique des doctrines financières n'est-elle pas la condition indispensable de tout progrès sérieux et durable ? » (JÈZE ; BOUCARD, 1903, p. 1). Leur programme était le débat ouvert sur la science des finances publiques, avec des textes de doctrine, des documents législatifs et aussi du droit comparé.

Le deuxième événement marquant est la publication de son premier commentaire d'arrêt dans *L'année administrative* qu'il a fondé avec Maurice Hauriou. L'importance de cette publication ne tient pas tant à son contenu, mais parce que il va consacrer 40 ans de sa carrière à commenter des arrêts. (MILLET, 2007, p. 425). Et, comme explique Michel Waline, par cet exercice, « il a imposé, avec Maurice Hauriou « cette exigence du travail en référence perpétuelle à la jurisprudence » (WALINE, 1953, p. 879). Et c'est surtout dans la *Revue de droit public et de la science politique* dont il prend la direction cette même année, qu'il publie ses commentaires d'arrêts.

Finalement, c'est à cette date qu'il publie la première édition de son livre *Les principes généraux du droit administratif*. Dans sa première édition, c'était l'indication d'une méthode pour le droit administratif français. La deuxième édition complète cet ouvrage en trois parties : la technique juridique, le service public et la fonction publique. Dans la troisième édition, chacune de ces parties devient un livre autonome⁵.

⁵ Tome 1 sur « la technique juridique du droit public français » en 1925, tome 2 sur « la notion de service public et le statut des agents publics » en 1930 et tome 3 sur « le fonctionnement des services publics, collaboration des particuliers et contrats administratifs » en 1926 (SALON, 2005, p. 1 ; BEAUD, 2013, p. 6).

Mais a cet instant, sa carrière ne fait que débiter. En 1908, il devient également directeur de la *Revue pratique du contentieux et des impôts*. Et, finalement, en 1909 il rejoint la faculté de droit de Paris où il reste jusqu'à 1937 - « guère soutenu par ses collègues » (MILLET, 2007, p. 426). Le cours de droit public qu'il dispense dans cette université est par la suite publié en 7 volumes : retrait des actes juridiques (vol. 1), statut de la fonction publique (vol. 2 et 3), la théorie générale des contrats de l'administration (vol. 4, 5, 6 et 7). (SALON ; SAVIGNAC, 2004). Même après sa retraite, il continue à travailler et il publie des commentaires d'arrêt jusqu'à 1948 – 5 ans avant sa mort (MILLET, 2007, p. 426).

Sa contribution pour le droit français est tellement importante que sa bibliographie ne comporte pas de liste exhaustive de ses publications dans la *Revue de Droit Public* (MURACCIOLE, 1953, p. 904/925). Cela résulte aussi du fait qu'il était aussi un « juriste résolument tourné vers l'international » (MILLET, 2007, p. 426). Il a créé en 1927 l'*Institut International de droit public* pour réunir les grands noms de la discipline au niveau international « afin de contribuer au développement des libertés publiques par le droit dans les pays libres » (MILLET, 2007, p. 426). À la présentation de la *Revue des finances*, il écrivait avec Max Boucard « *La législation comparée* n'est-elle pas, en quelques sorte, un laboratoire de travaux pratiques pour les institutions sociales ? » (JÈZE ; BOUCARD, 1903, p. 3).

Gaston Jèze peut donc, être considéré comme un théoricien du droit dont le travail est remarquable et assez complet dans le domaine du droit public. Mais l'occasion de son retrait à la vie universitaire démontre qu'il n'était pas seulement un théoricien du droit, mais aussi un homme politique contesté à son époque.

I.B – GASTON JEZE, LE PERSONNAGE POLITIQUE CONTESTE

En plus des ses remarquables ouvrages et ses théories, Gaston Jèze est connu aussi par sa vie politique et ses opinions révolutionnaires ou contraires aux régimes autoritaires de son époque. Comme affirmé par Marc Milet : « La place et la posture tenue par Gaston Jèze au sein du corps des juristes ne sont pas étrangères

à l'agitation : personnalité austère et sévère, homme de gauche parmi un corps parisien largement acquis à la droite modérée [...] ». (v) (MILLET, 2007, p. 426). Un exemple de la personnalité marquante de Gaston Jèze est dans le fait qu'il ne faisait pas cours avec la robe, en opposition aux usages et à la tradition de l'époque. Jean Portemer a écrit sur la surprise des étudiants quand-ils voient un professeur sans robe : « mais la réalité est là, qui nous surprend. » (PORTEMER, 1991, p. 10).

Politiquement, c'est la première Guerre Mondiale qui a amené Gaston Jèze à s'engager pour la défense des valeurs républicaines. En 1914 il participe au « front du droit » qui réunissait les juristes français pour contester radicalement les doctrines allemandes qui légitimaient le conflit (MILLET, 2007, p. 426). A la fin de la Guerre, il devient conseiller du prince, « expert auprès des autorités publiques ». A partir de 1923, il remplit plusieurs missions pour le gouvernement en Argentine, Chili, Roumanie, Yougoslavie – qui ont contribué à ses publications en droit comparé.⁶ Il milite aussi dans des associations promouvant la Société des Nations.

Qualifié à l'époque d'« homme de gauche, proche du milieu radical socialiste » (MILLET, 2007, p. 425), il se présente aussi sur une liste du « parti socialiste colonial » en Guadeloupe aux élections législatives de 1919. Mais il est battu et établit un an plus tard « une note très critique sur l'état économique et moral de la colonie dans laquelle il dénonce l'attitude des élites politiques et administratives. » (MILLET, 2007, p. 425).

En 1924 il participe à l'ouvrage « la politique républicaine » « qui fait office de manifeste du cartel des Gauches » (MILLET, 2007, p. 426). En 1926 il devient membre « du comité des experts qui conduit à infléchir la politique monétaire gouvernementale et de la Banque de France » (MILLET, 2007, p. 426). Dans les années 30, il est conseiller du Négus de l'Éthiopie. A cette occasion, il a défendu la cause de l'Éthiopie envahie par l'Italie fasciste de Mussolini et a dénoncé le régime autoritaire, en provoquant une véritable crise politique (MILLET, 2007, p. 425). C'est donc à l'occasion de la seconde Guerre Mondiale que Gaston Jèze devient l'un des premiers grands juristes français pour protester contre le régime nazi antisémite et raciste (MILLET, 2007, p. 426).

⁶ À titre d'exemple, on peut citer l'article : « La question des optants hongrois de Transylvanie devant la S.D.N. dans la **Réforme agraire en Roumanie et les optants hongrois**, Paris, 1928, p. 92 .

En raison de ces opinions politiques et cette posture, il a été plusieurs fois attaqué par des étudiants royalistes et nationalistes qui l'empêchaient de donner son cours (MILLET, 2007, p. 426). De même, ses collègues à l'Université de Paris étaient toujours irrités par lui pour les mêmes raisons. Ainsi, M. Millet rapporte que « certains de ses propos tenus dans ses cours sur le régime napoléonien ou la diplomatie française avaient provoqué quelques remous » (MILLET, 2007, p. 426). Selon Rafael Bielsa (1953, p. 892), ce sont les raisons qui lui ont coûté sa retraite à l'université.

Mais ces éléments de la personnalité et de la vie politique de Gaston Jèze ne sont pas indépendent de ses théories. On voit que « ses convictions et prises de position publiques apparaissent au final étroitement liées à ses travaux » (BIELSA, 1953, p. 892).

II – LA CONTRIBUTION DE GASTON JEZE AU DROIT

II.A – LA METHODE DEVELOPPE PAR GASTON JEZE

Comme Jöel Molinier affirme que « c'est avant tout par la *méthode* d'étude des phénomènes financier qu'il a formulée et utilisée que Gaston Jèze a fait oeuvre novatrice » (MOLINIER, 1991, p. 70). Dans le préface de la troisième édition de son livre des principes juridiques, il marque bien l'importance de cette méthode : « plus j'avance en âge, plus je suis convaincu que la seule chose qui importe pour l'étude du droit, c'est une bonne méthode. Il n'y a qu'une seule bonne méthode : c'est la méthode d'observation des faits » (JÈZE, 2005, p. I, préface).

L'affirmation ci-dessus est révélatrice de sa technique juridique : l'étude des « faits » ou du « milieu ». Selon les mots de Gaston Jèze : « Le Droit *vit* ; il évolue sans cesser comme tout ce qui vi, sous l'influence du milieu. Observons sans cesser ce milieu : nous comprendrons mieux le Droit ; nous l'adapterons mieux aux besoins du moment » (JÈZE, 2005, p. V, préface). Il faut que les juristes voient le droit comme un phénomène en mouvement constant qui dialogue avec la réalité où il s'impose. Comme Olivier Baud affirme : « le substrat du droit est un substrat social,

donc vivant [...] Il en résulte une osmose étroite entre le droit et les faits sociaux qui était déjà soulignée par Duguit et que Jèze reprend entièrement à son compte » (BEAUD, 2013, p. 6). Donc, selon Gaston Jèze, « [...] toute théorie qui ne cadre pas avec les faits porte en elle-même sa condamnation, son germe de mort. » (JÈZE, 2005, p. XI, préface).

Comme résultat de cette vision, « en rupture à la fois avec les approches praticienne et scolastique de la discipline, Gaston Jèze a milité pour que la science juridique porte sur l'analyse des causes et des conditions dans lesquelles se posent les problèmes juridiques » (MILLET, 2007, p. 426). En plus, cela résulte aussi de sa position contraire à l'histoire du droit (et notamment contre le droit romain), lorsque « Selon Jèze, on ne peut jamais expliquer rétrospectivement les anciennes mentalités ». Pour lui, le « droit romain est du droit mort » (BEAUD, 2013, p. 7). C'est pour cette raison que sa méthode est insérée dans le cadre d'un « positivisme sociologique » (MASLARSKI, 2009. p. 2), « qui voit dans le droit, l'ensemble des règles de conduite sociale estimées justes et socialement utiles par la majorité d'une population à une époque donné » (MILLET, 2007, p. 426).

Par conséquence, Gaston Jèze refuse une étude du droit centré seulement sur les textes juridiques – et précisément en raison de cette dimension dynamique du droit. Comme l'indique Michel Waline, « il ne faut donc pas confondre les études juridiques avec l'effort de mémoire, consistant à apprendre le détail de la législation et de la réglementation en vigueur à un instant de l'Histoire » (WALINE, 1953, p. 880). Pour Gaston Jèze, les textes législatifs et réglementaires sont des éléments « fragiles et instables. » (SALON ; SAVIGNAC, 2004). Ainsi, il affirme « combien de livres de Droit, écrits d'après la conception soi-disant « pratique » sont rapidement rendus inutiles à raison d'un changement de la législation et de la jurisprudence » (JÈZE, 2005, p. II, préface).

Cela explique sa militance en faveur d'un enseignement du droit fondé sur l'éducation scientifique e non sur la préparation professionnel. En se posant la question sur le rôle des facultés de droit sur leur mission de former des juristes ou prépare des avocats et des juges, il répond sans hésitation :

L'éducation scientifique est d'ailleurs la meilleure de toutes les préparations professionnelles. Le danger pratique, pour celui qui ne connaît que les règles existantes, c'est que, à chaque changement de la législation ou de la

jurisprudence, le plus gros de ses connaissances s'évanouisse. C'est l'éponge passé sur l'ardoise. Il n'y reste plus rien. C'est une instruction à refaire. (JÈZE, 2005, p. II, préface)

Mais Gaston Jèze ne rejette pas l'étude des ces textes (WALINE, 1953, p. 880). Il est aussi considéré comme un positiviste (BIELSA, 1953, p. 896). Mais pour lui l'étude du droit positif doit être accompagnée des « études économiques, sociologiques, politiques [qui] doivent être à la base des études juridiques (JÈZE, 2005, p. II, préface). Le danger est que, sans ces études, « on forme bien des *légistes*, mais non des *jurisconsultes* ; on prépare des *empiriques*, mais non des *savants*. » (JÈZE, 2005, p. II, préface). Cette vision lui à amener à défendre ce qu'il a appelé de « synthèse critique ».

Comme affirme Olivier Beaud, pour Gaston Jèze le juriste ne doit pas se limiter à faire à travail descriptif des textes car « il n'est pas un compilateur, ni un collectionneur ni même un classificateur. » (BEAUD, 2013, p. 6). C'est en cela que le juriste de doctrine se distingue du praticien. A partir de d'un travail de systématisation, le « juriste doit « théoriser » le droit positif » (BEAUD, 2013, p. 6). Comme l'explique Olivier Beaud, les solutions juridiques des théoriciens « ne sont pas créées par le juriste de doctrine de sorte que son rôle est forcément limité par cet objet duquel il ne peut jamais s'émanciper.» (BEAUD, 2013, p. 6). Cette « théorisation » n'est plus que le résultat du dialogue entre le droit en vigueur et la pensée du juriste théoricien sur ce droit (a partir des éléments du milieu social) (JÈZE, 2005, p. II, préface).

L'application de cette méthode est commune à tous les domaines que Gaston Jèze a étudié. Comme le souligne Maurice Duverger, « il ne néglige jamais l'examen de ce qu'il nomme « les points de vue politique, social, et économique » : au contraire, il les associe à toute analyse juridique, souvent de façon minutieuse et détaillé » (DUVERGER, 1954, p. 21-22). La seule différence est dans l'important d'un élément particulier dans les diverses disciplines (DUVERGER, 1954, p. 21-22). Donc, « Jèze juriste financier n'est pas différent de Jèze juriste tout court : le premier ne fait que transposer dans un domaine particulier, en les adaptant, les principes et les techniques définis par le second » (DUVERGER, 1954, p. 21).

En droit des finances, selon Colliard, « l'étude ne doit pas se borner à isoler tel ou tel aspect des problèmes financiers », « ne pas apparaître comme une simple partie d'un examen de caractère purement économique » (COLLIARD, 1954, p. 12). Comme Gaston Jèze explique dans son *Cours de science des finances et de législation financière française* : « pour ma part, je crois qu'il faut étudier les phénomènes financiers *en tenant compte de tous les facteurs*, non seulement des facteurs *financiers économiques*, mais aussi des facteurs politiques, sociaux, juridiques. » (JÈZE, 1922, p. 8). Et c'est l'élément politique qui, pour l'auteur, doit recevoir une primauté, lorsque le budget est considéré comme un acte essentiellement politique (COLLIARD, 1954, p. 13; JÈZE, 1922, p. I, préface).

En droit administratif, le méthode n'est pas différent. Il fait une différenciation entre les points de vue juridique et *politique* du droit administratif pour défendre leur complémentarité dans l'étude du droit (BEAUD, 2013, p. 8). Comme il affirme :

Il faut toujours rechercher le *besoin social, politique, économique*, auquel correspond telle institution ; les *conditions économiques, sociales, politiques* dans lesquelles fonctionne tel ou tel service public ; le *rendement pratique*, au point de vue social, politique, économique, du service. Tout cela, c'est le point de vue *politique*. Il faut aussi examiner les *règles* et les *procédés juridiques* au moyen desquels tel but est poursuivi et atteint ; par lesquels tel service public fonctionne. Tout cela, c'est le point de vue *juridique*. (JÈZE, 2005, p. 3)

C'est cette différenciation de points de vue qu'il va utiliser pour critiquer les théories dont il est en désaccord. Comme l'affirme Olivier Beaud : « il lui fait jouer un rôle discriminant qui en fait une arme polémique dirigée contre les thèses doctrinales avec lesquelles il est en désaccord » (BEAUD, 2013, p. 8) – comme le droit naturel (WALINE, 1953, p. 880-881).

Mais, malgré sa défense pour l'étude complémentaire de ces deux éléments, après « il assimile progressivement le « technique » au « juridique » et expulse le politique du juridique » (BEAUD, 2013, p. 10). Donc, il est possible d'affirmer qu'il n'était pas complètement fidèle à sa méthode (BEAUD, 2013, p. 10). Ce que fait Oliver Beaud affirmer que « son œuvre juridique doit être considérée comme « une œuvre de l'entre-deux » (BEAUD, 2013, p. 10).

II.B - LES PRINCIPALES CONTRIBUTIONS AU DROIT ADMINISTRATIF ET AU DROIT DES FINANCES

Le rapport de Gaston Jèze au droit n'est pas limité au droit administratif et aux finances publiques. Comme l'analyse Marcel Waline, il a consacré aussi d'importantes études au domaine du droit constitutionnel et international (WALINE, 1953, p. 887). Mais c'est plutôt dans ces deux domaines qu'il a consacré sa carrière. Et malgré la grande diversité qui peut être considérée comme presque exhaustive dans ces domaines (comme on peut le voir dans sa bibliographie), on centrera cette étude sur les éléments que demeurent les plus actuels aujourd'hui.

En droit administratif, comme Olivier Baud l'affirme, « il a écrit non seulement quantité d'articles de droit administratif (notamment sur le statut des fonctionnaires et la responsabilité de l'État) mais aussi un nombre encore plus considérable de notes de jurisprudence. » (BEAUD, 2013, p. 2). Mais il est plus connu par sa liasion avec l'École de Service Public de Léon Duguit qui fonde la théorie du droit public sur la notion de « service public » (BEAUD, 2013, p. 4).

Pour Gaston Jèze, le service public est vu « comme nouvelle notion fondamentale du droit public moderne » – « même que le champ d'activité de l'état s'étend, que le critère de définition et de distinction se révèle inopérant, entre acte de gestion et acte d'autorité » (MILLET, 2007, p. 426). Pour lui, « Le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics, et, pour le fonctionnement régulier de ces services, il existe *nécessairement* des règles juridiques spéciales » (JÈZE, 2005, p. 1). En d'autres termes, « le droit public et le droit administratif en particulier étaient, pour lui, « l'ensemble des règles relatives au service public » (SALON ; SAVIGNAC, 2004, p. 5). Ces règles sont des règles juridiques spéciales que ramènent à l'idée d'intérêt général devant laquelle l'intérêt particulier doit s'incliner (JÈZE, 2004, p. 3). En bref, pour Gaston Jèze, le service public est la « pierre angulaire » du droit administratif (MILLET, 2007, p. 426).

En droit des finances publiques, il était précurseur sur quelques points de la science des finances – comme la conception du budget, du partage des

compétances financières entre Gouvernement et Parlement, et sa critique à « l'esprit de fiscalité » (MOLINIER, 1991, p. 69). Et c'est plutôt dans ce domaine qu'on voit des réflexes de sa pensée politique.

Comme affirme Henry Lauffenburger : « Tout en l'élevant contre la conception communisante de l'impôt, Jèze accorde nettement sa préférence à l'impôt sur le revenu au taux progressif en tant que se rapprochant le plus de « l'idéal » de la justice fiscale » (LAUFENBURGER, 1954, p. 29). Dans sa théorie du budget, il fait un approche assez multidisciplinaire en reconnaissance « qu'inévitablement, par la redistribution qu'implique le budget, les gouvernements modifient la quote-part des diverses classes dans le revenu national et aussi dans la fortune nationale, qu'ils affectent la structure sociale » (LAUFENBURGER, 1954, p. 26-27). Par contre et malgré ses convictions politiques, il refusait une vision communiste des finances « car si elle triomphait, les finances ne seraient plus que politiques, les points de vue technique et économique seraient sacrifiés en violation du caractère universaliste de la science » – ce qui peut être expliqué en raison de la technique qu'il applique à l'étude du droit (LAUFENBURGER, 1954, p. 26-27). Mais, comme Jöel Mollinier l'affirme :

Le contenu proprement juridique de l'oeuvre de Jèze ne peut guère de nos jours retenir l'attention, non pas tant parce que les règles de droit positif du temps de l'auteur, auxquelles ce dernier a été amené à faire une place, ont bien évidemment pour la plupart cessé de s'appliquer, mais parce que la réflexion juridique de Jèze ayant pour objet les finances publiques a souvent été encore plutôt dépassés. (MOLINIER, 1991, p. 69)

C'est donc pour deux raisons que son importance est aussi vivante de nos jours. D'abord, en raison de sa volonté d'émancipation du droit des finances publiques et de sa contribution à l'ériger en science autonome. Le *livre Eléments de la science des finances et de la législation financière* française, écrit avant même que la science des finances soient considérée comme une science autonome en France, en somme avec la création de la *Revue des finances publiques* sont des contributions incommensurables pour la science qui est étudié aujourd'hui de façon autonome. En plus, il n'a pas cessé pendant toute sa vie de continuer à développer des études dans tous les domaines des finances publiques (MOLINIER, 1991, p. 69).

En plus, son approche pluridisciplinaire de la discipline – et donc de sa « technique juridique » appliqué au droit des finances publiques – est assez remarquable et très audacieuse pour son époque. La façon dont le droit des finances publiques est abordé aujourd'hui avec un regard multidisciplinaire doit beaucoup à sa contribution (MOLINIER, 1991, p. 69).

2 CONCLUSION

L'importance de Gaston Jèze pour le droit public ne peut être méconnue. Selon l'affirmation de Michel Waline, « dans le domaine du droit public, aucun juriste français, si ce n'est outrefois Duguit, n'a atteint, et il s'en faut de beaucoup, la renommée de Gaston Jèze. » (WALINE, 1953, p. 879). C'est possible d'affirmer que cette renommée vient du passé qu'il a contruit : une vie dédiée à l'étude du droit, ses plusieurs publications et les discussions qu'il a provoqué.

Toutefois, ses ouvrages ne sont pas très utilisés aujourd'hui par rapport à ceux de Maurice Hauriou, par exemple (BEAUD, 2013, p. 2). Mais ça ne peut être vu comme marquant une absence de postérité. C'est une fausse conclusion. L'absence d'utilisation de certaines théories ne limite pas sa contribution au droit du temps où il a vécu. D'abord, car il a contribué pour la création d'une science autonome du droit des finances publiques, ce qui a des réflexes jusqu'à nos jours. En deuxième, en raison du fait qu'il était un juriste qui a tourné le droit au milieu social sans oublier la technique juridique – méthode aujourd'hui bien pacifique dans la doctrine, mais dans lesquelles il était un des principaux défenseurs. Comme c'est affirmé dans la préface de son livre « Il ne peut y avoir de doute, Gaston Jèze est bien un auteur contemporain dont on a encore beaucoup à apprendre » (SALON ; SAVIGNAC, 2004, p. 8).

3 BIBLIOGRAPHIE

BEAUD, Olivier. « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? ». **Jus Politicum**, Mutations du droit public, n. 11, décembre 2013. Disponible en : <<http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t-elle-un-repli-de-la-doctrine-publiciste-francaise-sur-la-technique-juridique-825.html>>. Accès en : 15.01.2014.

BERTHÉLEMY, Henry. Notice « Gaston JÈZE ». *In* : **Nos maîtres de la faculté de droit de Paris**. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932.

BIELSA, Rafael. « Le Professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son oeuvre ». Traduit par MURACCIOLE, Luc. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, n. 2, p. 891/903, Avril/Juin 1953. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

COLLIARD, Claude-Albert. « Gaston Jèze, théoricien des finances publiques ». *In* : RIST, Charles ; COLLIARD, Claude-Albert ; DUVERGER, Maurice. **Hommage à Gaston Jèze**. Paris : L.G.D.J., 1954, p. 8-18.

DUVERGER, Maurice. « Gaston Jèze, Juriste financier ». *In* : RIST, Charles ; COLLIARD, Claude-Albert ; DUVERGER, Maurice. **Hommage à Gaston Jèze**. Paris : L.G.D.J., 1954. p. 19-23.

JÈZE, Gaston ; BOUCARD, Max. « Notre programme ». *In* : *Revue de Science et de législation financières (directeurs : JÈZE, Gaston ; BOUCARD, Max)*. Première année. Paris : V. GIARD & E. BRIÈRE, 1903, p. 1/3.

JÈZE, Gaston. **Cours de science des finances et de la législation financière française**. 6^{ème} ed. Paris : Giard, 1922.

JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif : la technique juridique du droit public français**. Tome I. 3^{ème} édition. Paris : Dalloz, 2005.

JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. Tome II. Paris Dalloz, 2004.

LAUFENBURGER, Henry, « Gaston Jèze, économiste financier ». *In* : RIST, Charles ; COLLIARD, Claude-Albert ; DUVERGER, Maurice. **Hommage à Gaston Jèze**. Paris : L.G.D.J., 1954. p. 24-32.

MASLARSKI, David. « La conception de l'État de Gaston Jèze ». **Jus Politicum**, Autour de la notion de Constitution, n. 3, décembre 2009. Disponible en : <<http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>>. Accès en : 15.01.2014.

MILLET, Marc. Notice « Gaston Jèze ». *In* : *Dictionnaire historique des juristes français : Xlle – Xxe siècle* (sous la direction de : ARABEYRE, Patrick ; HALPÉRIN, Jean-Louis ; KRYNEN, Jacques). Paris : PUF, 2007.

MOLINIER, Joël. « L'apport de Gaston Jèze à la théorie des finances publiques ». Colloque Gaston Jèze. **Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique**, n. 12, p. 55-70, 1991.

MURACCIOLE, Luc. « Biographie des oeuvres de Gaston Jèze ». *In* : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. Avril-Juin 1953. N° 2. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. p. 904/925.

PORTEMER, Jean. Avant-propos « Colloque Gaston Jèze ». *In* : *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*. 1991. N° 12. p. 9-13.

SALON, Serge ; SAVIGNAC, Jean-Charles. Préface. *In* : JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. Tome II. Paris Dalloz, 2004.

WALINE, Michel. « L'oeuvre de Gaston Jèze en Droit Public ». *In* : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. Avril-Juin 1953, n. 2. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. p. 879/890.

DA RECEPÇÃO DO ARTIGO 104 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ANÁLISE SOBRE SUA VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA¹

RECEPTION OF ARTICLE 104 OF THE NATIONAL TAX CODE BY THE
CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL 1988:
AN ANALYSIS OF ITS VALIDITY, DURATION AND EFFICIENCY

Ubaldo Cesar Balthazar²

Jaqueline da Silva Stein³

Resumo

Este artigo tem como objetivo realizar uma investigação acerca do artigo 104 do Código Tributário Nacional, sua validade e recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, é feita uma reflexão sobre a recepção de normas por uma nova Constituição e, tomando por base os conceitos de validade, vigência e eficácia de norma propostos por Luigi Ferrajoli, busca-se verificar se referido dispositivo continua válido, vigendo e produzindo efeitos. Os resultados da análise permitem concluir que mencionada regra legal foi de fato recepcionada pela Constituição Federal de 1988, portanto, é válida, vigente e plenamente eficaz.

Palavras-chave: Teoria da Recepção. Validade. Vigência. Eficácia. Artigo 104 do Código Tributário Nacional.

Abstract

This article aims to conduct an investigation about the Article 104 of the National Tax Code, its validity and receipt by the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. Therefore, a discussion regarding the standards for a new constitution, considering the concepts of validity, duration and standard of efficiency offered by Luigi Ferrajoli, the article intends to verify if the device is still valid and

¹ Artigo submetido em 30/09/2015, pareceres de aprovação em 27/01/2016 e 02/01/2016, aprovação comunicada em 02/02/2016.

² Doutor em Direito pela Universidade Livre de Bruxelas, Bélgica; Professor Titular da Universidade Federal de Santa Catarina; Vice-Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC; professor convidado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP), da Universidade de Lisboa; membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/SC e do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Advogado. E-mail: <ubalth@gmail.com>.

³ Mestranda em Direito, Estado e Sociedade, linha de pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville. Advogada. E-mail: <jaqueline@stsc.com.br>.

producing effects. The results from the analysis allow us to conclude that the legal rule was in fact received by the Federal Constitution of 1988, which means it is valid, present and fully effective.

Keywords: Theory of Reception. Validity. Effectiveness. Efficiency. Article 104 of the Brazilian Tax Code.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Teoria da Recepção. 2.1. A Recepção do Código Tributário Nacional pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 3. Validade, vigência e eficácia. 3.1. Validade e vigência. 3.2. Eficácia. 4. O artigo 104 do Código Tributário Nacional. 4.1. Vigência vs. eficácia. 4.2. Abrangência. 5. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 104 do Código Tributário Nacional (CTN) tem enorme relevância para o Direito Tributário, tendo em vista que trata do início da vigência de lei que institui, majora, define novas hipóteses de incidência, extingue ou reduz isenção de impostos sobre o patrimônio ou a renda.

De início, cabe lembrar o comentário de Machado, segundo o qual “o art. 104 do Código Tributário Nacional [...] não era compatível com a Constituição de 1967, [...] nem com a Emenda n. 1, de 1969 [...]. Também não se compatibiliza com a Constituição de 1988” (MACHADO, 2010, p. 102).

O objetivo dessa pesquisa é, portanto, verificar se este dispositivo legal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (CF) e se o mesmo é válido, vigente e eficaz. Essa análise foi desenvolvida com fundamento na Teoria Garantista do Direito proposta por Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*.

É analisada por primeiro a teoria da recepção das normas infraconstitucionais por um novo ordenamento jurídico, ou seja, com o advento de uma nova Constituição. Depois se explicita a recepção do Código Tributário Nacional pela Constituição Federal de 1988.

Em seguida, é feita uma análise sobre validade, vigência e eficácia, segundo Ferrajoli. Passa-se à análise do artigo 104 do CTN para, então, verificar sua validade, vigência e eficácia. Por fim, faz-se uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, para daí então realizar a conclusão.

2 DA TEORIA DA RECEPÇÃO

A Teoria da Recepção trata do aproveitamento de ordenamento jurídico infraconstitucional quando da promulgação de uma nova Constituição, no qual “a legislação infraconstitucional que estiver em conformidade com a nova ordem constitucional é por ela recepcionada, admitida como válida” (PINHO, 2011, p. 48).

Essa conformidade da legislação infraconstitucional produzida com fundamento na Constituição revogada com a Constituição nova ocorre no plano material, ou seja, em relação ao seu conteúdo, e atribui à norma infraconstitucional novo fundamento constitucional.

Assim, se houver compatibilidade entre a matéria tratada na norma infraconstitucional com a Constituição nova, esta será recepcionada. Do contrário, restará revogada. Como se vê, a recepção depende da matéria, do conteúdo, da *mens legis*.

Com relação à forma, caso a norma recepcionada tenha vigido no ordenamento anterior sob uma roupagem jurídica diferente da prevista na nova Constituição, aquela sofrerá uma adequação para se adaptar a esta. Será, portanto, recepcionada com o status previsto no novo ordenamento.

Destarte, “a legislação infraconstitucional, ao ser recepcionada pela Constituição, recebe a natureza que a nova ordem constitucional reservou para a matéria” (PINHO, 2011, p. 49). Exemplo disso é a Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Tal diploma normativo foi recepcionado com status de lei complementar⁴ para atender a exigência do artigo 165, § 9º, inciso II, da Constituição Federal de 1988⁵.

⁴ Nesse sentido: EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.061, DE 11.11.97 (LEI Nº 9.531, DE 10.12.97), QUE CRIA O FUNDO DE GARANTIA PARA PROMOÇÃO DA COMPETIVIDADE - FGPC. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 62 E PAR. ÚNICO, 165, II, III, §§ 5º, I E III, E 9º, E 167, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar [...]. ADI 1726 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1998, DJ 30-04-2004 PP-00027 EMENTVOL-02149-03 PP-00431 RTJVOL-00191-03 PP-00822.

⁵ Art. 165. § 9º Cabe à lei complementar: [...] II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

2.1 A Recepção do Código Tributário Nacional pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Segundo a Constituição Federal vigente, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, conforme dispõe seu artigo 146. Vejamos:

Art. 146. **Cabe à lei complementar:** I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; **III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária [...].**

O Código Tributário Nacional, porém, é anterior ao referido dispositivo constitucional, eis que passou a existir através da Lei n.º 5.172/66, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Seu artigo 1.º explicita que se fundamenta na Emenda Constitucional n.º 18/65.

Apesar disso, o CTN foi recepcionado pela Constituição Federal vigente com fundamento no que dispõe o artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se colaciona:

Art. 34. O sistema tributário nacional⁶ entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição⁷, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, e pelas posteriores. [...]

§ 3º Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

§ 4º As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição.

§ 5º Vigente o novo sistema tributário nacional⁸, fica assegurada a aplicação da legislação anterior⁹, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º.[...]

⁶ Assim entendido, o capítulo I – do Sistema Tributário Nacional – do título VI – da tributação e do orçamento – da Constituição Federal, ou seja, seus artigos 145 a 162.

⁷ Logo, em 1.º de março de 1989, tendo em vista que a Constituição foi promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁸ Assim entendido, o capítulo I – do Sistema Tributário Nacional – do título VI – da tributação e do orçamento – da Constituição Federal, ou seja, seus artigos 145 a 162.

⁹ Frisa-se, infraconstitucional e com fundamento em constituições anteriores à de 1988.

Assim, o CTN, muito embora seja anterior à atual Carta Constitucional, foi por ela formalmente recepcionado com status de lei complementar, conforme dispõe seu artigo 146 combinado com o artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com relação à matéria recepcionada, deve-se avaliar em conformidade com a legislação constitucional, de forma que o objetivo desta pesquisa é justamente verificar se houve a recepção do artigo 104 do Código Tributário Nacional.

3 OS CONCEITOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA

Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, ao construir uma teoria do garantismo penal, chega à conclusão de que há a necessidade de se distinguir validade, vigência e eficácia, numa teoria garantista geral. Vejamos:

Uma teoria garantista do direito – não somente penal – parte da distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade. Esta distinção, como se viu a seu tempo, é essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de direito, caracterizada: a) por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura como normativo, respectivamente àquele inferior, e como fático respectivamente àquele superior; b) pela incorporação nas normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja obtemperação é condição da efetividade das primeiras e da validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela consequente ilegitimidade jurídica que, em qualquer medida, investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla mas não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento. (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 804)

Segundo Ferrajoli e Brito, a doutrina frequentemente confunde validade e vigência, tendo ele mesmo se confundido sobre o tema (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 387). Passa-se, portanto, à análise da validade, vigência e eficácia das normas, segundo a teoria proposta por Ferrajoli.

3.1 Validade e vigência

Ferrajoli e Brito explicam que “validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio de mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*” (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 331), isto é, o que agradou ao príncipe, adquiriu força de lei.

Contudo, nos Estados de Direito, essa confusão não pode ocorrer, tendo em vista que neste modelo existem normas sobre a produção normativa tanto em sua forma quanto em seu conteúdo:

Validade e vigência [...] não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais. Diria inclusive que o Estado de direito caracteriza-se precisamente por esta possível divergência, que é consequência da complexidade estrutural das suas normas acerca da produção normativa. [...] (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 331)

Para Ferrajoli, a validade se desdobra em formal e material. A validade formal considera como válida “qualquer norma ou preceituação que esteja conforme as normas acerca de sua produção” (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 330). Ferrajoli chama a validade formal de vigência. Já a validade material tem a ver com justiça e ocorre quando a norma está em conformidade com as leis fundamentais do ordenamento do qual faz parte. (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 330) A validade material, portanto, é por ele considerada a verdadeira validade.

Chamarei de “*vigência*” a validade apenas *formal* das normas tal qual resulta da regularidade do *ato normativo*; e limitarei o uso da palavra “*validade*” à validade também *material* das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos. (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 330-331)

Podemos dizer, então, que uma norma brasileira é vigente se estiver em consonância com os artigos 59 e seguintes da Constituição Federal, tendo em vista que os mesmos disciplinam o processo legislativo brasileiro. Nesse sentido, uma norma será vigente se obedecer aos critérios de iniciativa, deliberação, instrução do

projeto de lei, exame, sanção, veto, apreciação do veto, promulgação e, por fim, publicação. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 183)

Tendo em vista que somente validade, e não a vigência, tem relação com justiça, pode-se dizer que é vigente, “ainda que seja injusta qualquer norma ou preceituação que esteja conforme as normas acerca de sua produção.” (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 329-330)

Por outro lado, uma norma é válida quando coerente com a Constituição Federal quanto ao seu conteúdo material, se obedecer aos direitos fundamentais lá previstos, não violar cláusula pétrea, ou seja, quando for harmônica com o sistema jurídico na qual ela foi inserida.

3.2 A ideia de eficácia

Com relação à eficácia, Ferrajoli explica que

[...] toda norma jurídica pode ser contemplada como *fato* em relação às normas que regula sua produção e como *direito* em relação às normas e práticas cuja produção ela regula. [...] no segundo caso (que é o único caso possível se se trata de normas de categoria máxima como as constitucionais) se valorará a sua eficácia ou ineficácia em relação às normas de categoria inferior a ela. (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 329)

Para explicar melhor tal afirmação é necessário entender que Ferrajoli diferencia entre a dimensão do ser e do dever ser, ou seja, entre fato e direito, respectivamente. Nesse sentido “a primeira dimensão [do ser] é aquela à qual se referem os juízos de fato acerca da eficácia ou ineficácia das normas em relação às atividades de categoria inferior a elas [...]” (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 329), porquanto se as normas infraconstitucionais não obedecem às normas constitucionais, isso quer dizer que estas são ineficazes.

Então, “[...] os juízos jurídicos de validade e invalidade acerca das normas inferiores ou produzidas coincidem com os juízos fáticos de eficácia e ineficácia acerca das normas superiores relacionadas com sua produção”, (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 337) ou seja, se as normas infraconstitucionais são válidas, é porque as normas constitucionais estão sendo aplicadas, ou melhor, são eficazes.

Por isso, pode-se dizer que para Ferrajoli a eficácia das normas tem a ver com a sua aplicabilidade. As normas que de fato produzem efeitos, são obedecidas, são observadas, são normas eficazes. É de se destacar que é possível ter uma norma vigente e válida, mas que não é eficaz. (FERRAJOLI; BRITO, 2010, p. 387)

4 O ARTIGO 104 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Para iniciar um estudo sobre artigo 104 do Código Tributário Nacional, pertinente verificar o seu conteúdo:

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio¹⁰ ou a renda¹¹: I - que instituem ou majoram tais impostos; II - que definem novas hipóteses de incidência; III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.¹²

O artigo 104, inciso I, do Código Tributário Nacional, assemelha-se com a anterioridade anual prevista no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; [...].

A anterioridade diz respeito somente ao Direito Tributário. Relaciona-se diretamente com a segurança jurídica, pois “veicula a idéia de que deve ser suprimida a tributação de surpresa”, ou seja, “exige que o contribuinte se depare com regras tributárias claras, estáveis e seguras” (CARRAZZA, 1997, p. 133).

A anterioridade refere-se à eficácia das leis tributárias, eis que impossibilita os entes políticos da cobrança tributária no mesmo exercício financeiro (ano fiscal) e

¹⁰ IPTU, IPVA e ITR. Também ITCMD, ITBI e IGF, com controvérsias.

¹¹ Imposto sobre a Renda (IRPF e IRPJ).

¹² CTN, artigo 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104. (Redação dada pela Lei Complementar nº 24, de 1975)

antes de decorridos noventa dias da publicação da lei que os instituiu ou aumentou. A referência, respectivamente, é à *anterioridade anual* (prevista no artigo 150, inciso III, alínea “b”, CF) e à *anterioridade nonagesimal* (prevista no artigo 150, inciso III, alínea “c”, CF). Conforme destacado acima, para esta análise é pertinente principalmente a anterioridade anual.

Há exceções ao princípio da anterioridade, previstas na própria Constituição Federal. São exceções à anterioridade anual aquelas que excepcionam também o princípio da legalidade (Imposto sobre a Importação, Imposto sobre a Exportação, Imposto sobre Produtos Industrializados, Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativa a Títulos e Valor Mobiliários, CIDE combustível e o ICMS combustível), além do Imposto Extraordinário de Guerra e o Empréstimo Compulsório instituído para atender calamidade pública ou guerra externa.

Em uma crítica sobre o tema, Humberto Ávila afirma que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, pode ser descrita como jurisdição restritiva (ÁVILA, 2012, p. 632-633), destacando que ao avaliar a jurisprudência em matéria tributária, também de outros tribunais, nota-se que os princípios jurídicos vêm sendo ignorados reiteradamente e exemplifica:

Eficácia de leis um dia após a sua publicação: fosse a regra da anterioridade aplicada em conexão com o princípio da segurança jurídica, ela deveria permitir o cálculo antecipado dos deveres fiscais. Mas a sua importância jurídica é limitada, e isso porque a prática durante muito tempo acolhida mostrou que a maioria das leis tributárias é publicada no dia 31 de dezembro do exercício financeiro, entrando em vigor em 1º de janeiro do ano subsequente, de modo que a regra da anterioridade é uma regra meramente formal. (ÁVILA, 2012, p. 633-634)

Leandro Paulsen, por sua vez, explica que

A anterioridade é garantia de conhecimento antecipado da lei tributária mais gravosa. Não se trata apenas de prover previsibilidade ou não surpresa. [...] A anterioridade apresenta-se não como princípio, mas como regras claras e inequívocas condicionantes da válida incidência das normas que instituem ou majoram tributos. (PAULSEN, 2012. p. 137-138)

Feito os esclarecimentos sobre a anterioridade anual, cabe analisar os incisos II e III do artigo 104 do Código Tributário Nacional. Apenas para resgatar, eles estipulam que a anterioridade anual aplica-se aos dispositivos de lei “II - que

definem novas hipóteses de incidência; III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte". Ora, definir novas hipóteses de incidência nada mais é do que uma forma de instituir tributos, assim como reduzir isenção nada mais é do que majorar tributo. Nesse sentido:

[...] a norma de isenção estabelece uma exceção à norma de tributação. A norma que define a hipótese de incidência tributária, ou norma de tributação, define uma situação de fato que, se e quando concretizada, faz nascer a obrigação tributária. A norma de isenção retira uma parte dessa situação de fato, e essa parte passa a constituir a hipótese de incidência da norma de isenção. Assim, revogada a norma de isenção, aquela parte retirada da hipótese de incidência tributária volta a integrá-la, restando, assim, tal hipótese de incidência aumentada. Há inegável aumento do tributo, pela aplicação da hipótese de incidência da norma de tributação. (MACHADO, 2010, p. 103)

E ainda:

[...] as isenções [...] também integram o sistema constitucional tributário brasileiro, devendo, pois, submeter-se aos princípios que o informam (legalidade, igualmente, segurança jurídica, anterioridade etc.). Natural, por conseguinte, que também à isenção se aplique o princípio da anterioridade. Outra postura colocaria sob o guante da insegurança, ensejando a instalação do império da surpresa nas relações entre ele e o Estado. (CARRAZZA, 1997, p. 147)

Por conseguinte, podemos dizer que o artigo 104 do CTN e o artigo 150, inciso III, alínea "b", CF, se diferenciam em razão da sua vigência, da eficácia e da abrangência que alcançam, conforme será visto a seguir.

4.1 Vigência vs. eficácia

O artigo 104 do Código Tributário Nacional diz respeito à vigência da lei, tendo em vista que sua redação é no sentido de que a legislação que institua ou majore, defina novas hipóteses de incidência ou que extinga ou reduza isenção relativa a impostos sobre o patrimônio ou renda entram em **vigor** somente no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação.

Já o artigo 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal proíbe que os entes tributantes **cobrem** tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, mesmo que esta lei seja válida e vigente. Logo, o artigo em questão ataca a eficácia da norma.

4.2 Abrangência

O artigo 104 do Código Tributário Nacional aplica-se apenas aos impostos sobre patrimônio ou renda – ou seja, imposto de renda e proventos de qualquer natureza (IRPF e IRPJ), imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU, em nível municipal), imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA em nível estadual), imposto sobre propriedade territorial rural (ITR em nível federal) e, com alguma controvérsia, também imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD), imposto sobre transmissão *inter vivos* (ITBI) e imposto sobre grandes fortunas (IGF) (MOTA, 2010, p. 217-220).

Já o artigo 150, inciso III, alínea “b”, CF, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional, possui uma abrangência muito maior, pois é aplicável a todos os tributos – ou seja, impostos, taxas, contribuições, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.

Portanto, o que se vê aqui não é uma divergência entre os dois dispositivos analisados, ao contrário, tanto artigo 104 do Código Tributário Nacional quanto o artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal possuem o mesmo condão de afastar tributação imprevista.

Considerando que o dispositivo constitucional é mais abrangente, não fica impedida a recepção do dispositivo infraconstitucional em razão da abrangência. Com relação à vigência e à eficácia, considerando recepcionado o artigo 104 do CTN, a legislação tributária não teria apenas a sua eficácia atacada (em razão da Constituição Federal), mas também a sua vigência, isto é, a anterioridade anual teria mais uma ferramenta de aplicação e efetividade.

5 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma simples pesquisa jurisprudencial realizada no site do Supremo Tribunal Federal, com o critério *artigo 104 do Código Tributário Nacional* (CTN-1966 mesmo ART-00104), obteve-se 31 acórdãos e 6 decisões monocráticas. Entre essas decisões, destaca-se:

DECISÃO Vistos. RODOPRIMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA interpõe recurso extraordinário (folhas 121 a 155) contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LEI 8.981/95 E MP. 812/94. AUMENTO DE CARGA TRIBUTÁRIA. 1. A Medida Provisória 812/94, apesar de publicada no dia 31 de dezembro de 1994, não representa afronta ao princípio da anterioridade. O importante é que a ela nesse dia foi dada publicidade. 2. Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Legalidade da aplicação da MP 812/94, convertida na Lei 8.981/95, a partir de janeiro de 1995. **Inteligência do art. 104 do Código Tributário Nacional.** [...] Para melhor entendimento, **vale citar o que dispõe o Código Tributário Nacional sobre a matéria: Art. 104 – ‘Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda: I- que instituem ou majoram tais impostos; II- que definem novas hipóteses de incidência; III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no art. 178.’ Perfeitamente possível, portanto, com fundamento no dispositivo supra transcrito, a majoração do IRPJ, no primeiro dia do exercício seguinte ao que ocorreu a publicação, ou seja, a partir de 1º.01.95. Inexistindo qualquer violação ao princípio da anterioridade.** [...] Ante o exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 11 de junho de 2010. Ministro DIAS TOFFOLI Relator¹³.

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a da Constituição) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas que considerou necessária a observância do princípio da anterioridade tributária na revogação de isenção ao pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS (art. 4º da Lei estadual 5.900/1996 e Decreto 34.523/1990). Sustenta-se, em síntese, violação do art. 150, III, a e b da Constituição. O recurso extraordinário não reúne condições de admissibilidade. **O acórdão recorrido resolveu a lide com a aplicação do art. 104, III do Código Tributário Nacional** (Fls. 186-188 – atente-se que a ordem das páginas do acórdão não está correta). Argumentam os recorrentes que a norma invocada “em nada guarda simetria com a questão em tela” (Fls. 218). É pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de não ser admissível alegação de ofensa que, oriunda de má aplicação, interpretação ou inobservância de normas infraconstitucionais, seria meramente reflexa ou indireta. Nesse sentido: AI 582.536-AgR, rel. min. Cezar Peluso, DJ de 17.08.2007; AI 464.175-AgR, rel. min. Marco Aurélio, DJ de 13.02.2009; AI 597.098-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 31.10.2007; RE 497.376-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 03.08.2007; AI 533.479-AgR, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 04.11.2005; AI 521.635-AgR, rel. min. Carlos Britto, DJ de 04.11.2005; RE 588.698-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 13.02.2009. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 26 de novembro de 2009. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator¹⁴.

¹³ RE 376094, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/06/2010, publicado em DJe-141 DIVULG 30/07/2010 PUBLIC 02/08/2010. Acesso em 25 de outubro de 2015.

¹⁴ RE 467653, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 26/11/2009, publicado em DJe-237 DIVULG 17/12/2009 PUBLIC 18/12/2009. Acesso em 25 de outubro de 2015.

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ENTIDADE FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. APLICAÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. ART. 42, DA LEI Nº 7.450/85. APLICAÇÕES NO MERCADO COM BASE NO PARECER CST/SIRP Nº 522/86. **DECRETO-LEI Nº 2.287/86. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 104 DO CTN. EDIÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO Nº 78/86. RETENÇÃO NA FONTE DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. I – Na vigência da Lei nº 7.450/85, arts. 34 e 42, as instituições financeiras em liquidação extrajudicial, por não serem pessoas jurídicas e nem a ela estarem equiparadas, não ficavam sujeitas ao recolhimento do Imposto de renda na fonte sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos. II – A sujeição passiva prevista na referida legislação foi alterada pelo Decreto-lei nº 2.287/86, passando a hipótese de incidência a ser ‘rendimentos auferidos por quaisquer beneficiários, inclusive instituições financeiras’. III – Impossibilidade de o Decreto-lei nº 2.287/86 ter validade para as situações constituídas durante o exercício de 1986, pena de violar o princípio constitucional da anterioridade da lei tributária. **IV – Inteligência e injunção, outrossim, do art. 104 e incisos, do Código Tributário Nacional.**[...] 7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 29 de junho de 2009. Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora¹⁵.**

As decisões colacionadas são de 2010, 2009 e 2009 respectivamente, e resolveram a lide a que se referem com fundamento no artigo 104 e seus três incisos do Código Tributário Nacional. Dessa forma, não há dúvidas de que o referido dispositivo legal está sendo aplicado.

6 CONCLUSÃO

Como se viu, o artigo 104 do Código Tributário Nacional tem enorme relevância para o Direito Tributário, tendo em vista que trata do início da vigência de lei que institui, majora, define novas hipóteses de incidência, extingue ou reduz isenção de impostos sobre o patrimônio ou a renda.

¹⁵ AI 657949, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, julgado em 29/06/2009, publicado em DJe-147 DIVULG 05/08/2009 PUBLIC 06/08/2009.

A análise de sua recepção levou em conta especialmente artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, que atinge a eficácia das normas relativamente no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Destaca-se que Código Tributário Nacional, apesar originalmente ser uma lei ordinária, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar.

Como visto, nos Estados de Direito validade e vigência de norma não se confundem, sendo aquela relativa à matéria e deve ser coerente com os comandos constitucionais e esta relativa à forma e sua forma de produção. Quanto à eficácia, está presente quando a norma vem sendo utilizada, aplicada.

Diante disso, conclui-se que o artigo 104 do Código Tributário Nacional ataca a vigência da lei que institua ou majore, defina novas hipóteses de incidência ou que extinga ou reduza isenção de impostos sobre o patrimônio ou renda, enquanto que o artigo 150, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal atinge a eficácia das leis que instituem ou aumentem tributos, ressalvadas as exceções da própria Constituição Federal. Assim, o comando constitucional é mais abrangente que o infraconstitucional, motivo pelo qual este não restou revogado.

Além do mais, o Supremo Tribunal Federal vem resolvendo casos com fundamento no artigo 104 do CTN, eliminando qualquer dúvida quanto à sua recepção pela Constituição Federal de 1988 e também quanto à sua eficácia.

Em síntese, verificou-se que o artigo 104 do Código Tributário Nacional foi integralmente recepcionado pela Constituição de 1988, sendo, portanto, plenamente válido, vigente e eficaz.

7 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 376094**. Recorrente: Rodoprino Transportes Rodoviários Ltda. Recorrido: União – Fazenda Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 11 de junho de 2010, publicado em DJe-141 02/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 467653**, Recorrente: Estado de Alagoas. Recorrido: Máquinas E Implementos Agrícolas S/A - MAGRASA. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 26 de novembro de 2009, publicado em DJe-237 18/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n.º 657949**, Agravante: União – Fazenda Nacional. Agravado: Auxiliar S/A. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 29 de junho 2009, publicado em DJe-147 06/08/2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAJOLI, Luigi; BRITO, Alexis Couto de. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil: origens, especulações e arquetipo constitucional**. São Paulo: MP Editora, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law) (QUALIS rank: B.1)

A Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês, espanhol, francês e italiano para a publicação dos décimo terceiro e décimo quarto números (2015, jul. a dez. e 2016, jan. a jun.) até **10 de Dezembro**, de acordo com as informações abaixo.

Buscando ampliar a internacionalização e excelência da Revista, será priorizada a publicação de trabalhos escritos em língua inglesa e submetidos por autores com Doutorado.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés, español, francés y italiano para la publicación de sus decimotercero y decimocuarto números (2015, jul. a dec. e 2016, enero a jun.) hasta **10 de Diciembre**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Para hacer la revista más internacional y ampliar su excelencia será priorizado la publicación de trabajos escritos en lengua inglesa y sometidos por autores con Doctorado.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English, Spanish, French and Italian to be published in its thirteenth and fourteenth editions (2015, July-Dec. e 2016, Jan.-June) until **December 10th**, according to the information below.

In order to further internationalize Journal and increment its editorial quality papers submitted in English or by authors with PhD will be favored in publishing.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

Português - Linha Editorial: o periódico científico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

Missão: A missão da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é incentivar a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Avaliação dos Artigos: Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind peerreview*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista. Dentre os trabalhos aprovados, por política editorial de internacionalização e excelência, haverá preferência de publicação de trabalhos escritos em língua inglesa, trabalhos submetidos por autores com doutorado e trabalhos com coerência temática no número do periódico.

Envio dos Trabalhos Científicos: todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico **trabalhosabdconst@googlegroups.com**.

O email deve obrigatoriamente conter nome completo e dados para contato do autor. Deve ser enviado o trabalho em versão aberta (. doc e similares) bem como acompanhar os termos de cessão assinados disponível em: <http://www.abdconst.com.br/editais.php>

Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade: Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não-onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

Identificação dos autores: Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

Regras e exame por comitê de ética: Os autores devem obrigatoriamente atender todas as regras éticas de suas respectivas áreas e da pesquisa científica. Os trabalhos serão excluídos do processo de avaliação caso seja constatada alguma violação na ética da pesquisa científica. Se os trabalhos foram

desenvolvidos no Brasil, deve-se observar a Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. Nas pesquisas que envolvam dados pessoais, sigilosos, entrevistas, interação ou intervenção com seres humanos, ou qualquer experimentação e análise que por lei ou regulamento exija parecer ético, o Autor deverá submeter previamente o trabalho para análise da observância das regras sobre ética na pesquisa e, nos trabalhos desenvolvidos no Brasil, os procedimentos de pesquisa necessitam ser analisados por Comitês de Ética cadastrados no sistema CEP/CONEP. O parecer ou autorização do comitê deverá ser submetido em conjunto com o trabalho.

Principais Normas Editoriais de Formatação: os trabalhos serão redigidos em português, espanhol, inglês, francês ou italiano e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto: os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;

Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.

Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

Conselho Editorial: Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Adjunto da UFPR e da UPF, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC), António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra), Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR), Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP), Ingo Wolfgang Sarlet (Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR), Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR), Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público), Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale) e Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

Español - Línea Editorial: la publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de

la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

Misión: La misión de *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

Evaluación de los Artículos: Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercer parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista. Entre los trabajos aprobados, en acuerdo con la política editorial de internacionalidad y calidad, habrá orden de preferencia de publicación, de trabajos escritos en lengua inglesa, sometidos por autores con doctorado y trabajos pertinencia temática en el número del periódico.

Envío de los Trabajos Científicos: todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección trabalhosabdconst@googlegroups.com, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST; y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad: Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

Identificación de los autores. Los autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artigo. Cada nombre debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de ensino, ciudad, estado y país) y datos para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizándose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.

Reglas y examen por comité de ética: Los autores son obligados a cumplir todas las reglas éticas de sus áreas y de la pesquisa científica. Los trabajos serán excluidos de lo proceso de evaluación caso sea constatada alguna violación de la

ética de la pesquisa. Se los trabajos desenvueltos son en Brasil, debe-se obedecer la Resolución n. 466/2012 de lo Consejo Nacional de Salud. En las pesquisas que envuelvan dados personales, sigilosos, entrevistas, interacción o intervención con seres humanos, o cualquier experimento y análisis que por ley o reglamento necesite de parecer ético, lo autor deberá someter previamente lo trabajo para la análisis de observancia de las reglas éticas sobre la ética en pesquisa y, en los trabajos desenvueltos en Brasil, los procedimientos de pesquisa necesitan de análisis por los Comitês de Ética registrados en lo sistema CEP/CONEP. Lo parecer o autorización de lo comité deberá ser sometido junto con lo trabajo.

Principales Normas Editoriales y su Formato: los trabajos deberán estar redactados en portugués, español, inglés, francés o italiano y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto: los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

Consejo Editorial: Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial: Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC. Antônio José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*. Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP. Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná – UFPR. Profesor de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS). Marco Aurélio Marrafon. Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Derecho por la UFPR. Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil

y Doctor en Derecho por la UFPR. Marcus Firmino Santiago es Profesor en lo Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*). Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho dela Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale. Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

English - Editorial line: the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

Mission: The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

Evaluation of Articles: Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors

with special thematical relevance to the Journal. After que selection of the article, in accordance to editorial policy of international excellence, papers will be published in a order of preference taking in account papers written in english, papers submitted by authors with doctorate degrees and pertinence with the theme of the given number of the journal.

Sending Scientific Papers: Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email trabalhosabdconst@googlegroups.com, along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

Transfer of copyright and declaration of responsibility: Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

Identification of the authors: Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

Rules for submission to ethics committees: Authors are obliged to follow all ethical rules of their respective areas and those of scientific research. Papers will be excluded from the evaluation process if any violation of ethics in research is found. If the research is developed in Brazil must follow Resolution n. 466/2012 of the Conselho Nacional de Saúde. Research that involves personal data, secretive data, interviews, interaction with human beings, and any experiment or analysis that by law or regulation must have ethical approval, it must be previously submitted to ethical analysis by a committee. Research developed in Brazil must submit themselves to analysis by the Committees registered in the CEP/CONEP system. The authorization or opinion must be submitted with the paper.

Main Editorial Rules for Formatting: Works must be written in Portuguese, Spanish, English, French or Italian in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

Editorial Rules for Text Structure: Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names

- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work

- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it

- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot

- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it

- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals

- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)

- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text

- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary

- Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.

- The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.

Editorial Council: Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC), António José

Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law), Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR), Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP), Ingo Wolfgang Sarlet (PhD in Law by Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Germany. Professor of Law in Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (PhD in Law by Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor in of Law in Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR); Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR); Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF); Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho), Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University); and Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihš – karla.kariny@gmail.com